

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Penal



**ILÍCITO PENAL E ILÍCITO ADMINISTRATIVO EN EL
ÁMBITO DEL MEDIOAMBIENTE : ESPECIAL
CONSIDERACIÓN DE LA TUTELA DEL AGUA**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR**

Alejandro Ochoa Figueroa

Bajo la dirección de la doctora

Carmen Armendáriz León

Madrid, 2014

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



***ILÍCITO PENAL E ILÍCITO ADMINISTRATIVO EN EL ÁMBITO
DEL MEDIOAMBIENTE. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA
TUTELA DEL AGUA***

TESIS DOCTORAL

Presentada por: Alejandro Ochoa Figueroa

Dirigida por: Dra. Dña. Carmen Armendáriz León

Madrid - 2013

Tesis, que para obtener el título de Doctor en Derecho,
presenta Alejandro Ochoa Figueroa, bajo la
dirección de la Dra. Dña. Carmen Armendáriz León

Madrid, 2013

*A mis padres, Ángel y Silvia.
Ejemplos de dedicación y esfuerzo,
agradeciendo siempre su impulso y apoyo.*

ABREVIATURAS

a.C	antes de Cristo
art.	Artículo
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
CCAA	Comunidades Autónomas
CDF	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
Cap.	Capítulo
CE	Constitución española
Cfr.	Confrontar
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código penal
CAAS	Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen
Coord./s	Coordinador/es
d.C.	después de Cristo
DBO	Demanda Biológica o Bioquímica de Oxígeno
Dir./s	Director/es
DMA	Directiva Marco de Aguas
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
Ed.	Editorial
ed.	edición
EIA	Evaluación de impacto ambiental
etc.	etcétera
FAO	Organización de Naciones Unidas para la Agricultura
Fasc.	Fascículo

FJ	Fundamento Jurídico
hm3	Hectómetro Cúbico
IEH	Índice de explotación hídrica
IPPC	Prevención y control integrados de la contaminación
Km3	Kilómetro Cúbico
Km	Kilómetro
LA	Ley de Aguas
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
L.O.	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
LPCIC	Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación
LRJAP	Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
m3	metros cúbicos
mm.	milímetros
Nº	Número
NEPA	National Environmental Policy Act
ob. cit.	Obra citada
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OD	Oxígeno Disuelto en agua
ODM	Objetivos de Desarrollo del Milenio
OMOP	Orden del Ministerio de Obras Públicas de 11 de mayo de 1988
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONG	Organización No Gubernamental

ONU	Organización Naciones Unidas
p./p.p.	Página/s
PHN	Plan Hidrológico Nacional
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
RAE	Real Academia Española de la Lengua
RAP	Revista de Administración Pública
RAPA	Reglamento de la Administración Pública del Agua
RD	Real Decreto
RAPAPH	Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica
RDPH	Reglamento del Dominio Público Hidráulico
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
trad.	Traducción
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLA	Texto Refundido de la Ley de Aguas
TRLEIA	Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos

UCM	Universidad Complutense de Madrid
UE	Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
Vol.	Volumen
WWC	Consejo Mundial del Agua

ÍNDICE

RESUMEN	1
ABSTRACT	11
INTRODUCCIÓN	15

CAPÍTULO I

LA PROBLEMÁTICA DE LA DELIMITACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: CONSIDERACIONES PREVIAS Y TEORÍA GENERAL

1.1. Consideraciones previas	19
1.1.1. El Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.....	24
1.1.1.2. El Derecho penal y sus consecuencias jurídicas	24
1.1.1.2.1. La pena.....	26
1.1.1.2.1.1. Las teorías absolutas, de la retribución o retributivas.....	30
1.1.1.2.1.2. Las teorías relativas, de la prevención o preventivas	31
1.1.1.2.2. La medida de seguridad	35
1.1.1.3. La potestad sancionadora de la Administración: descripción y cobertura legal.....	38
1.2. Teoría general sobre la delimitación del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.....	49
1.2.1. Teorías cualitativas o diferenciadoras	54
1.2.2. Teorías cuantitativas o unitarias.....	60
1.2.3. Teorías eclécticas o mixtas	63
1.2.4. La moderna teoría del daño cumulativo	65
1.3. Toma de posición	71

CAPÍTULO II

EL PRINCIPIO “*NON BIS IN IDEM*” Y SU REPERCUSIÓN SOBRE EL ILÍCITO PENAL Y EL ILÍCITO ADMINISTRATIVO

2.1. El principio “ <i>non bis in idem</i> ”	79
2.1.1. Origen	79
2.2. Fundamentos jurídicos	82
2.3. Vertientes del principio	87
2.3.1. Vertiente material	88
2.3.2. Vertiente procesal.....	91
2.3.2.1. <i>Double jeopardy</i>	94
2.3.3. La duplicidad de sanciones en diferentes formas.....	97
2.3.3.1. La Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre.....	99
2.3.3.2. La Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero	102
2.4. Eficacia internacional.....	104

CAPÍTULO III

LA PROBLEMÁTICA DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO Y SU COMPATIBILIDAD CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL

3.1. El origen del principio de legalidad	109
3.2. Garantías del principio de legalidad.....	116
3.2.1. Garantía criminal: <i>Nullum crimen sine lege</i>	117
3.2.2. Garantía penal: <i>Nulla poena sine lege</i>	119
3.2.3. Garantía jurisdiccional: <i>Nemo damnetur nisi per legale iudicium</i>	121
3.2.4. Garantía de ejecución	122
3.3. Consecuencias del principio de legalidad.....	123
3.3.1. Reserva de la Ley en materia penal: <i>Lex scripta</i>	124

3.3.2. Principio de irretroactividad de la ley penal: <i>Lex praevia</i>	125
3.3.3. Prohibición de la analogía: <i>Lex stricta</i>	127
3.3.4. Principio de taxatividad o determinación de la ley penal: <i>Lex certa</i>	130
3.4. Normas de remisión: Leyes penales en blanco	131
3.4.1. Problemática constitucional de las leyes penales en blanco	140
3.4.2. Las remisiones a las Comunidades Autónomas	145

CAPÍTULO IV

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MEDIOAMBIENTE

4.1. El medioambiente y el Derecho	151
4.2. El medioambiente en la Constitución.....	165
4.3. El medioambiente en el Derecho Internacional	169
4.3.1. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de Estocolmo	170
4.3.2. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río	175
4.3.3. El Protocolo de Kyoto	177
4.3.4. La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo	178
4.3.5. Río +20	179
4.3.6. Principios de Derecho medioambiental.....	179
4.4. El medioambiente en la Unión Europea.....	183
4.5. El medioambiente como bien jurídico y las intervenciones del Derecho penal y administrativo	187
4.5.1. Derecho penal y medioambiente.....	192
4.5.2. Derecho administrativo y medioambiente	202

CAPÍTULO V
EL AGUA: PROBLEMÁTICA Y ACCIONES

5.1. El agua y su situación.....	209
5.1.1. Acceso y contaminación del agua	212
5.1.2. Agentes contaminantes	216
5.1.3. Enfermedades producidas por la ingesta de “agua sucia”	220
5.1.4. Reservas de agua y crecimiento demográfico.....	222
5.2. El Derecho como protector del agua.....	225
5.2.1. Derecho al agua y Derecho de aguas.....	225
5.2.2. Medidas internacionales para la defensa del agua (Conferencias, Foros, Cumbres...)	228
5.3. Los recursos hídricos españoles.....	240
5.3.1. Calidad del agua en España	245
5.3.2. La regulación de las aguas	250
5.3.3. El agua en el actual Derecho español.....	255
5.3.3.1. La Ley de aguas.....	260
5.4. La Unión europea y el agua	262
5.4.1. Directiva Marco de Aguas 2000/60/CE	266
5.4.2. Transposición del Derecho comunitario al Derecho español en materia hídrica.....	270
5.5. Instrumentos de protección y mejora de las aguas.....	277
5.5.1. Medidas previas (“ <i>ex ante</i> ”)	278
5.5.1.1. Evaluación de impacto ambiental	278
5.5.1.2. Planificación hidrológica	282
5.5.2. Medidas de conservación y mejora	286
5.5.2.1. Autorizaciones de vertido	291
5.5.2.2. Régimen económico-financiero del dominio público hidráulico	297
5.5.2.3. Saneamiento	302
5.5.3. Medidas sancionadoras (“ <i>ex post</i> ”).....	307

CAPITULO VI

ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS E ILÍCITOS PENALES PARA LA PROTECCIÓN DE LAS AGUAS

6.1. Consideraciones generales.....	309
6.2. La tutela administrativa del agua	313
6.3. La tutela penal del agua	324
6.3.1. Bien jurídico: medioambiente (remisión a otro lugar)	327
6.3.2. El agua como objeto material	327
6.3.3. Sujeto activo. Particular referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas	330
6.3.4. Sujeto pasivo	350
6.3.5. Conducta típica: elementos objetivos.....	355
6.3.5.1. El reenvío normativo: la “contravención de las Leyes u otras disposiciones de carácter general”	355
6.3.5.2. La existencia de un acto de contaminación	358
6.3.5.3. La creación de una situación de peligro grave para el equilibrio de los sistemas naturales	367
6.3.5.4. Toma de postura.....	377
6.3.6. Antijuridicidad/Justificación: la autorización administrativa de vertido (remisión a otro lugar)	385
6.3.7. Aspectos subjetivos.....	386
6.3.8. Tipos cualificados	393
6.3.9. Distinción entre infracciones administrativas y penales en materia de aguas: el criterio de la gravedad.....	402
 CONCLUSIONES.....	 413
BIBLIOGRAFÍA	431

RESUMEN

ILÍCITO PENAL E ILÍCITO ADMINISTRATIVO EN EL ÁMBITO DEL MEDIOAMBIENTE. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA TUTELA DEL AGUA

Propósito de la investigación

Son muchos los problemas relacionados con el agua, y no solo los humanos sufrimos las consecuencias de su mal uso, sino también todos los seres vivos que habitan la Tierra y que forman parte del ecosistema, aunque a diferencia de ellos, nosotros no solo la utilizamos para beber, sino que también la empleamos para el uso doméstico, industrial, comercial, agrícola, generación de energía, etc. Nuestra vida depende de este líquido vital, pero también lo hace nuestra economía, la estabilidad social y política, el desarrollo de la industria y muchas actividades que hacen nuestra vida más cómoda.

Así pues, la escasez y la contaminación de las aguas constituye uno de los principales problemas que enfrenta la humanidad para el presente siglo, siendo esta circunstancia uno de los factores que impide hacer efectivo el ejercicio del derecho a un medioambiente adecuado (en este caso, agua limpia y saludable), comprometiendo así a las generaciones futuras.

En este sentido, la regulación de cualquier país estará condicionada por las características geográficas y físicas de su territorio, además de la cantidad y calidad de los recursos naturales que se encuentren en su demarcación geográfica. En el caso español no es distinto, su territorio cuenta con una disponibilidad promedio baja de líquido vital, pues los recursos hídricos renovables per capita son de 3, 000 m³ por año.

La calidad del agua en el territorio español tampoco es óptima, sobre todo cuando se tienen en cuenta las aspiraciones de la legislación nacional y de la Directiva Marco de Agua. Solo el 11% de las aguas superficiales y el 16% de las aguas

subterráneas poseen las condiciones necesarias para cumplir los objetivos que la DMA impone. Además, el 33% de los cauces de agua de España se encuentran seriamente afectados por la contaminación.

Es por ello que se debe otorgar especial atención a los problemas que el recurso hídrico presenta, haciendo uso de todos los medios jurídicos posibles para poder llevar a cabo una correcta regulación de dicho recurso natural.

Tradicionalmente, se ha venido estableciendo que los recursos hídricos sean protegidos por el Derecho administrativo mediante su reglamentación amparada, en primer lugar, por medidas previas o “ex ante” (evaluación de impacto ambiental, planificación hidrológica); en segundo lugar, por medidas de conservación y mejoramiento (autorizaciones, cánones, saneamiento) y, en último lugar, por medidas sancionadoras o “ex post”, con el fin de tutelar al agua contra aquellas actividades que puedan dañarla. No obstante, el rol del Derecho penal en la lucha contra la degradación de la naturaleza, progresivamente, se ha vuelto más importante, ya que el Estado se ha visto en la necesidad de hacer uso de todos los medios jurídicos que tiene a su alcance, como ha sido la tipificación de delitos en el caso de las conductas que atenten de la forma más grave contra el medioambiente. Aun así, en ocasiones se ha considerado al Derecho penal medioambiental como un Derecho penal simbólico e ineficaz, acentuándose la eficacia de la sanción administrativa. Sin embargo, para detener el deterioro ambiental que se produce continuamente en nuestro entorno, no basta con las sanciones administrativas para prevenir la perpetración de daños contra los recursos naturales, por lo que indudablemente se debe considerar al Derecho penal instrumento de tutela ambiental. Cuando no se consigue tutelar adecuadamente el bien jurídico mediante instrumentos sancionadores extrapenales, como el Derecho administrativo, el uso del Derecho penal está justificado, siguiendo el principio de intervención mínima, ya que el Derecho penal no castiga todas las actividades que puedan conllevar un deterioro ambiental, sino solamente las que supongan una especial gravedad.

Objeto-Contenido

El objeto del presente estudio es el análisis y valoración de las problemáticas relaciones entre Derecho penal y el Derecho administrativo en el ámbito del medioambiente, pero sobre todo en lo referente a los recursos hídricos. Se tratan las dificultades que plantea la delimitación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo en este ámbito, valorando sus repercusiones sobre el principio *non bis in idem*, así como la cuestión de las leyes penales en blanco y su compatibilidad con el principio de legalidad en materia penal. De igual forma, se analizan y valoran las medidas administrativas y penales para la protección del medioambiente, con especial consideración de la tutela del agua.

Metodología

Esta investigación se ha llevado a cabo utilizando los métodos propios del análisis dogmático y político-criminal. De manera general, la información sustantiva para esta investigación se ha obtenido de: a) análisis de los marcos teóricos; b) estudio e interpretación de las disposiciones legales; c) revisión de bibliografía y hemerografía especializada y d) revisión de medios electrónicos.

Medios

Los medios utilizados en la presente investigación son los textos normativos nacionales y supranacionales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como la bibliografía especializada de libros y revistas de consulta en la biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid, en otras universidades y las bases de datos como: Dialnet, Westlaw, Aranzadi, Web of knowledge, EBSCOhost, etc.

Conclusiones-Resultados

En el presente estudio, se han puesto de manifiesto situaciones de gran similitud tanto en el Código penal, como en el Texto Refundido de la Ley de Aguas y el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, sobre todo aquellas que el Ordenamiento administrativo prevé como infracciones graves y muy graves, con el delito medioambiental. Ello, unido a que nos encontramos ante delitos de peligro abstracto, aumenta la dificultad para delimitar las infracciones, y es que en dichos Ordenamientos se encuentran previstas conductas como operar sin haber obtenido la autorización o aprobación administrativa, la falsedad, ocultamiento, inexactitud u omisión de información a la Administración sobre las actividades contaminantes, daños al dominio público hidráulico o la extracción ilegal. Estas conductas pueden llevarse a cabo a través de comportamientos como: vertidos, radiaciones, extracciones, excavaciones, aterramientos, inyecciones o depósitos en las aguas continentales (terrestres y subterráneas), así como por captaciones de aguas.

Para delimitar los ilícitos nos decantamos por la teoría cuantitativa, que determina la aplicación del principio *non bis in idem*, es decir, que no exista una desproporción del *ius puniendi* por una duplicación de sanciones cuando se encuentre la triple identidad: sujeto, hecho y fundamento. Se trata de una relación de gravedad entre los ilícitos y, por lo tanto, no existen diferencias en cuanto a su esencia, sino que tienen una estructura lógica y contenido material idénticos.

Bibliografía destacada

AMENDOLA, Gianfranco, *La tutela penale dall'inquinamento idrico*, Ed. Giuffrè, Milano, 1989.

BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua a través del Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

BRAÑES, Raúl, *Manual de Derecho ambiental mexicano*, 2ª ed., 3ª reimpresión, Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2012.

CALVO CHARRO, María, *Sanciones medioambientales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.

CARRETERO PÉREZ, Adolfo/CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo, *Derecho administrativo sancionador*, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1992.

CASADO CASADO, Lucía, *La regulación de los vertidos en aguas continentales en el Derecho Comunitario, hacia un enfoque ambiental y global en la protección de las aguas*, Ed. Cedecs, Barcelona, 2005.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “La tutela penal de las aguas continentales”, en *La calidad de las aguas*, Ed. Civitas, Madrid, 1994.

DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio “ne bis in idem”*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad penal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

DELGADO PIQUERAS, Francisco, *Derecho de aguas y medio ambiente*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

DELGADO PIQUERAS, Francisco, “La protección ambiental de las aguas continentales”, en *Tratado de Derecho ambiental*, Dirs. Luis Ortega Álvarez/Consuelo Alonso García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013.

DOVAL PAIS, Antonio, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

EMBED IRUJO, Antonio, “Evolución del Derecho y de la política del agua en España”, en *RAP*, N° 156, 2001.

EMBED IRUJO, Antonio, “Aguas continentales y marinas, protección”, en *Diccionario de Derecho de ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006.

FORTES MARTÍN, Antonio, *Vertidos y calidad ambiental de las aguas. Regulación jurídico-administrativa*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005.

GARCÍA ALBERO, Ramón, “*Non bis in idem*”. *Material y concurso de Leyes penales*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1995.

GÓMEZ PAVÓN, Pilar, “Cuestiones actuales del Derecho penal económico: El principio de legalidad y las remisiones normativas”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª Época, Nº extraordinario 1º, 2000.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel/SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, 2ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal*, Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1990.

HUERTA TOCILDO, Susana, “Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor D. José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia, *El derecho ambiental y sus principios rectores*, Ed. Dykinson, Madrid, 1991.

JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.

JUSTE RUIZ, José, *Derecho internacional del medio ambiente*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1999.

LÁZARO CALVO, Trinidad, *Derecho internacional del medio ambiente*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El principio: non bis in idem*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo*, Ed. La ley, Madrid, 2010.

MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1983.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La protección penal de las aguas, como elemento ecológico, en Alemania”, en *Actualidad penal*, 1994-1.

MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho ambiental*, 3ª ed., Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.

MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental*, Vol. I, Ed. Trivium, Madrid, 1991.

MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *Derecho de aguas*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.

MATTES, Heinz, *Problemas de Derecho penal administrativo. Historia y Derecho comparado*, Trad. RODRÍGUEZ DEVESA, José Ma., Editoriales de Derecho reunidas, Jaén, 1979.

MITRE GUERRA, Eduardo José, “La protección del agua a través de la tutela penal. Estudio comparado de Panamá y España”, en *Revista Prospectiva Jurídica*, Nº 7, 2013.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “El agua como objeto de protección penal en su vertiente ambiental”, en *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Protección penal del agua”, en *Cuadernos de política criminal*, Nº 82, 2004.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Las diversas variables de la protección penal del agua en el ámbito punitivo”, en *La tutela penal del agua*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

NAVARRO CARDOSO, Fernando, *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho penal*, Ed. Colex, Madrid, 2001.

NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Ed. Tecnos, 4ª ed., Madrid, 2005.

PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

PERIS RIERA, Jaime Miguel, “Tutela penal del agua”, en *La tutela penal del agua*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *El principio non bis in idem*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “El derecho penal ambiental y la contaminación del agua: ríos nacionales y transnacionales”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Editores Esteban Pérez Alonso y Otros, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

RANDO CASERMEIRO, Pablo, *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010.

RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, *La protección jurídico-penal del agua*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Ed, Edisofer, 2011.

TERRADILLOS BASOCO, Juan Mª, “El ilícito ecológico. Sanción penal-sanción administrativa”, en *El delito ecológico*, Dir. Juan Terradillos Basoco, Ed. Trotta, Madrid, 1992.

TORIO LÓPEZ, Ángel, “Injusto penal e injusto administrativo (Presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)”, en *Estudios sobre la Constitución. Homenaje al profesor Eduardo García De Enterría, Tomo III*, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

VAN BOCKEL, Bas, *The ne bis in idem principle in EU law*, Ed. Wolters Kluwer, Geat Britain, 2010.

ABSTRACT

CRIMINAL AND ADMINISTRATIVE SANCTIONS ON ENVIRONMENT. SPECIAL CONSIDERATION OF THE WATER PROTECTION

Introduction

There are many water-related problems, and not only humans suffer the consequences, but also all living beings on Earth which are part of the ecosystem, but unlike them, we don't use water only to drink it, we also have several uses for it like domestic, industrial, commercial, agricultural, power generation, etc.. Our life depends on this vital resource, but so does our economy, social and political stability, the development of the industry and many other activities that make our lives more comfortable.

Thus, the scarcity and water pollution are major problems that humanity is facing this century, these circumstances are factors that impede the realization of the exercise of the right to an adequate environment (in this case, clean and safe water), compromising future generations as a consequence.

In this sense, the regulation of any country will be conditioned by the geographical and physical characteristics of its territory, as well as the quantity and quality of the natural resources within its geographical boundaries. The Spanish case is no different, its territory has a low average availability of this vital liquid, with renewable water resources per capita of 3,000 m³ per year.

Water quality in the Spanish territory is not the best, specially when we consider the aspirations of the national legislation and the Water Framework Directive. Nowadays, 11% of surface water and 16% of underground water have the necessary conditions to accomplish the objectives that the WFD imposed. In addition, 33% of Spain's riverbeds (stream beds) are seriously affected by pollution.

That is why we must grant special attention to all the problems that the water faces, using every possible legal means to implement a proper regulation of this natural resource.

It's been established that the water resources have to be protected by the administrative law through its regulation, firstly by previous measures or "*ex ante*" (environmental impact assessment, water planning); secondly, by conservation and improvement measures (authorizations, taxation, sanitation); and finally, by punitive measures or "*ex post*", in order to protect water from all activities that may harm it.

However, the role of criminal law in the fight against the degradation of nature, has become progressively more important, because the State has been in the need to use all the legal means at its disposal, as has been the creation of a crime for most serious conducts that attack the environment. Yet, sometimes the environmental criminal law has been considered as a symbolic and ineffective criminal law, accentuating the effectiveness of the administrative sanctions.

Nevertheless, to stop the continuously deterioration that occurs in our environment, it is not enough just with administrative sanctions to prevent the perpetration of damage to natural resources, so it certainly should be considered the criminal law as an instrument of environmental protection. If the secure of the protected legal right can't be achieved by extra criminal sanctioning instruments, such as administrative law, the use of criminal law is justified, following the principle of minimum intervention, as the criminal law does not punish all activities that may result in environmental degradation, but only the most serious ones.

Goals / Content

The purpose of this study is the analysis and evaluation of the problematic relationship between criminal law and administrative law in the environmental field, but especially in relation to water resources. The difficulties of demarcation between criminal offense and administrative sanction in this field are analysed, assessing its impact on the *non bis in idem* principle, and the issue about the referral laws and its

compatibility with the principle of legality in criminal matters. In addition, are analyzed and evaluated the administrative and criminal measures to protect the environment, with special consideration on the protection of water.

The method

This research has been carried out using the analysis methods involved in dogmatic and criminal policy. Generally, the substantive information for this research was obtained from: a) theoretical analysis, b) study and interpretation of the laws, c) review of bibliography and specialized hemerography d) review of electronic media.

Means

The means used in this investigation are the national and supranational legal texts, the jurisprudence of the Supreme Court and the Constitutional Court, as well as the specialized bibliography of reference books and journals at the library of the Complutense University of Madrid, at other universities and databases such as: Dialnet, Westlaw, Aranzadi, web of knowledge, EBSCOhost, etc.

Conclusions - results

In the present investigation, we have found great similarity situations in the Criminal Code, the revised Water Law and the Regulation Public Water, especially those that the administrative law consider as serious and very serious sanctions, with the environmental crime. Furthermore, we are facing with a crime of abstract danger, that increases the difficulty to delimitate the sanctions, because in these Regulations are considered conducts like operate without obtaining authorization or administrative approval, falsehood, concealment, inaccuracy or failure to inform the Administration on polluting activities, damage to public water or illegal extractions. These behaviors can be carried out through behaviors such as the spilling of waste water, radiation,

extractions, excavations, increase of sedimentation, injections or deposits in inland waters (ground and underground), as well as water storage.

To define the penalties we opted for the quantity theory, which determines the application of the *non bis in idem* principle, this means that there cannot be any disproportion of the *ius puniendi* by a double sanctioning when we face the triple identity: subject, act and foundation. This is about a relationship of severeness between the sanctions, therefore, there is no difference in their essence, having a logical and identical material content.

INTRODUCCIÓN

La protección del medioambiente es imprescindible e impostergable, la situación de los recursos naturales es alarmante y la voracidad del hombre ha llevado a un deterioro ambiental que si no es atendido con seriedad y urgencia pondremos en grave riesgo a la naturaleza y, por consiguiente, nuestra propia existencia. Después de los movimientos sociales y ecológicos de los años 70 del siglo XX, la preocupación por la defensa medioambiental ha llevado a la aprobación de tratados internacionales, leyes y reglamentos que regulan el uso de los recursos naturales, así como la protección del medioambiente.

En España, el artículo 45 de la Constitución ampara la protección jurídica del medioambiente, así como la existencia de sanciones penales y administrativas para quien ponga en riesgo los recursos naturales.

En este trabajo nos centraremos en uno de los recursos naturales más importantes, el agua, que presenta graves problemas de cantidad, calidad y disponibilidad en el mundo. Principalmente, el gran desafío para la conservación de los recursos hídricos es la contaminación, ya que acarrea graves dificultades de acceso a una fuente segura de agua potable, de la cual más de 1, 100 millones de personas carecen en el mundo. La contaminación del agua provoca más de 5 millones de muertes cada año, siendo en su mayoría niños. La calidad de los lagos, ríos, y las aguas subterráneas es alarmante, y es que con los desechos industriales y químicos, y con los desechos humanos (que son los más frecuentes, con 2 millones de toneladas al día desechadas en los recursos hídricos) se continúan contaminando de forma irracional las aguas continentales. Incluso se ha llegado a estimar que la mitad de la población que habita en países en desarrollo se encuentra expuesta a fuentes contaminadas, aumentando así las posibilidades de contraer enfermedades como consecuencia del consumo de una fuente insegura. Los índices mundiales muestran que el 80% de las enfermedades infecciosas y parasitarias gastrointestinales, así como una tercera parte de las muertes que son causadas por estas enfermedades, son producidas como

consecuencia del uso y consumo de aguas contaminadas, ya que son la principal vía de transmisión de bacterias, virus o parásitos.

En el caso de España, el 33% de sus cauces de agua se encuentran seriamente afectados por la contaminación, además de que solamente el 11% de las aguas superficiales y el 16% de las aguas subterráneas poseen las condiciones necesarias para cumplir los objetivos que impone la Directiva Marco de Aguas. A ello se suma que cuenta con una disponibilidad promedio baja de aguas, 3, 000 m3 per cápita.

La razón principal de nuestro interés por el recurso hídrico es, sin duda, su enorme importancia y la extraordinaria y urgente necesidad de protegerlo, y es que si no es tutelado correctamente, incluso, la vida tal como la conocemos puede dejar de existir. Por ello, su protección jurídica es imprescindible, y no sólo a través del Derecho administrativo, sino también a través del Derecho penal. En el presente estudio, analizaremos y valoraremos las distintas herramientas con las que cuentan el Derecho administrativo y el Derecho penal para la tutela del agua, así como las relaciones y diferencias entre ambos, que resultan particularmente problemáticas. Con la finalidad de determinar las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, se procederá en el Capítulo I a un estudio de las medidas de reacción de ambos sectores jurídicos, para después aterrizarlo en las vinculaciones y diferencias entre el ilícito penal y el ilícito administrativo a través de los diferentes criterios cuantitativos, cualitativos y eclécticos.

Posteriormente, y vinculado con lo anterior, en el Capítulo II estudiaremos los aspectos relativos al principio *non bis in idem*, analizando su naturaleza, sus fundamentos jurídicos y sus distintas vertientes, así como las valoraciones más importantes de dicho principio dentro de la Jurisprudencia española, con el fin de determinar su alcance en la problemática que nos ocupa.

Una vez realizado este análisis y valoración sobre la delimitación entre el ilícito y el ilícito administrativo y sus consecuencias sobre el principio *non bis in idem*, en el Capítulo III se abordará otra cuestión fundamental que conlleva la relación del Derecho penal con el Derecho administrativo, referida a las garantías y consecuencias del principio de legalidad en materia penal y, más concretamente, al problema de las leyes

penales en blanco, sobre todo a su constitucionalidad, así como a las remisiones a la normativa de las Comunidades Autónomas.

Efectuado este estudio, procederemos en el Capítulo IV a referirnos a los problemas del medioambiente y a la relación de éste con el Derecho. Analizaremos y valoraremos la fundamental incorporación del medioambiente en el Constitución española, así como su consideración en el plano internacional, en donde se está impulsando cada vez más su protección mediante distintos instrumentos, como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de Estocolmo, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río, el Protocolo de Kyoto, la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo, Río +20, y también mediante los distintos principios de Derecho medioambiental plasmados en el Derecho internacional, y por su puesto a través del Derecho de la Unión Europea. Pero sobre todo, se realizará una valoración del medioambiente como bien jurídico penal, sobre si es correcta su consideración como tal o por el contrario, su protección debe encontrarse supeditada a otros bienes jurídicos.

En el Capítulo V, fundamental para este trabajo, abordaremos el grave problema del agua. Dedicaremos un estudio a la situación de los recursos hídricos y a las diversas dificultades, como el acceso, la contaminación y la distribución a nivel mundial, pero también analizaremos y valoraremos la protección del agua a través del Derecho y de las medidas internacionales para su defensa. Después de poner de manifiesto la grave problemática del agua a nivel internacional, nos centraremos en lo relativo al territorio español, estudiando los recursos hídricos que posee, así como sus serios problemas de contaminación y calidad. Analizaremos la regulación de las aguas en España y la transposición del Ordenamiento de la Unión Europea al nacional en materia hídrica. Realizaremos un estudio de los instrumentos de protección y mejora de las aguas establecidos en el Ordenamiento español, teniendo en cuenta las herramientas del Derecho administrativo mediante su reglamentación integrada por medidas previas o “ex ante” (evaluación de impacto ambiental, planificación hidrológica), medidas de conservación y mejora (autorizaciones, cánones, saneamiento) y medidas sancionadoras o “ex post”, que se amparan en el Código penal, en el Texto Refundido de la Ley de Aguas y en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico.

Culminada la anterior investigación, indispensable para valorar adecuadamente la grave problemática del agua y de su tutela, no sólo administrativa, sino también penal, en el Capítulo VI estudiaremos los ilícitos y sanciones administrativas en el Derecho de aguas, para posteriormente centrarnos en la tutela penal del agua, a través de los delitos contra los recursos naturales y el medioambiente establecidos en los artículos 325 y ss. CP. Analizaremos y valoramos el delito medioambiental y sus elementos, con particular referencia al agua, así como la delimitación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo en dicho ámbito y sus consecuencias.

CAPÍTULO I

LA PROBLEMÁTICA DE LA DELIMITACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: CONSIDERACIONES PREVIAS Y TEORÍA GENERAL

SUMARIO: 1.1. Consideraciones previas; 1.1.1. El Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador; 1.1.1.2. El Derecho penal y sus consecuencias jurídicas; 1.1.1.2.1. La pena; 1.1.1.2.1.1. Las teorías absolutas, de la retribución o retributivas; 1.1.1.2.1.2. Las teorías relativas, de la prevención o preventivas; 1.1.1.2.2. La medida de seguridad; 1.1.1.3. La potestad sancionadora de la Administración: descripción y cobertura legal; 1.2. Teoría general sobre la delimitación del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador; 1.2.1. Teorías cualitativas o diferenciadoras; 1.2.2. Teorías cuantitativas o unitarias; 1.2.3. Teorías eclécticas o mixtas; 1.2.4. La moderna teoría del daño cumulativo; 1.3. Toma de posición.

1.1. Consideraciones previas

El cometido del Derecho, en general, será siempre la regulación de la conducta humana. No podría concebirse una sociedad sin un orden, y ese orden lo impone justamente el Derecho. Como afirmaba GOLDSCHMIDT, “el Derecho es el complejo de normas sociales atributivas. Más concretamente: el complejo de las normas generales e inquebrantables producidas por la cultura de una comunidad e inspiradas en la idea de justicia, que, para posibilitar la coexistencia de los hombres, les imponen deberes de hacer u omitir, típicamente correlativos con derechos, y que, en general, establecen contra la violación de los deberes, la represión por parte de la comunidad organizada”¹.

¹ GOLDSCHMIDT, James, *Derecho, Derecho penal y proceso. Vol. I. Problemas fundamentales del Derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 123.

De esta manera, podemos entender que las normas jurídicas² son reglas que ordenan las conductas humanas en una sociedad y estas influyen en la voluntad del hombre³. Además, entendemos las normas jurídicas como el producto de una comunidad para el bienestar de esta última, de manera que puede considerarse al Derecho como un producto de la cultura, valorando y creando valores, producto de su ciencia, arte y ética, así como de sus errores, aberraciones y extravíos⁴.

De este modo, el cometido del Derecho es permitir la coexistencia del hombre dentro de una misma sociedad, en donde la voluntad individual no se contrapone a la voluntad de los individuos, pudiendo ser canalizada para un mismo fin, y así convertirla en la voluntad común⁵, siendo entonces un árbitro dentro de las relaciones humanas. Así, las sociedades se caracterizan por dividirse en varias facetas, las cuales deben ser reguladas por diferentes tipos de ordenamientos jurídicos, lo que conduce a analizar las relaciones y las delimitaciones que pudiesen existir entre los distintos sectores del Derecho, y lo que ha llevado a numerosos estudiosos a observar estos problemas, y con ello a elaborar distintas teorías.

En este contexto, el Derecho penal no ha estado exento de dicho dilema, surgiendo similitudes y diferencias con las restantes ramas del Derecho. Tiene como una de sus características la intervención mínima⁶, es decir, es el último recurso defensivo del

² Las características de las normas jurídicas son: su generalidad y su inquebrantabilidad. De carácter general, por que son de igual aplicación para todos los estados de hecho del mismo tipo, salvo las normas de naturaleza personal (una sucesión a la corona). Inquebrantables, debido a que ningún individuo puede apartarse de ellas. GOLDSCHMIDT, James, *Derecho, Derecho penal...*, Vol. I, ob. cit., p.p. 128 y 129.

³ GOLDSCHMIDT, James, *Derecho, Derecho penal...*, Vol. I, ob. cit., p. 125.

⁴ GOLDSCHMIDT, James, *Derecho, Derecho penal...*, Vol. I, ob. cit., p. 131.

⁵ GOLDSCHMIDT, James, *Derecho, Derecho penal...*, Vol. I, ob. cit., p. 141.

⁶ Para MUÑOZ CONDE, el Derecho penal “sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho”, a lo que agrega: “el Derecho penal tiene carácter subsidiario frente a las demás ramas del ordenamiento” (MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Ed. B de F, 2ª ed., Buenos Aires, 2001, p. 107). Por su parte, SILVA SÁNCHEZ cree que el Derecho penal ha de “reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general”. Además, agrega que “el Derecho penal es un mal, no es de recibo admitirlo salvo en los casos en que ellos sea imprescindible para cumplir los fines de protección social a través de la prevención de hechos

Ordenamiento jurídico, por lo que ostenta un carácter fragmentario⁷, ya que no todas las acciones antijurídicas han de ser reguladas por él, y subsidiario, lo que le hace sólo castigar con una pena como último recurso. De este modo, si existe otra rama que dé una solución jurídica adecuada, el legislador debe dar prioridad en primera instancia a este otro sector, como el civil (impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) o el administrativo (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.)⁸, reservando la intervención penal como *ultima ratio*⁹, dejándolo como último recurso para la protección de los intereses sociales y haciendo uso de medios menos lesivos posibles¹⁰.

Si bien es cierto que la intervención penal podría aludirse como una vía intimidatoria del Ordenamiento jurídico, no está claro en qué medida esta reduce el incumplimiento de las normas mediante el incremento de la severidad de las penas, por lo que no se sabe hasta qué punto puede existir la relación “mayores penas-mayor intimidación”, existiendo una carencia de datos acerca de los casos en que es

lesivos” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Ed. B de F, 2ª ed., Montevideo, 2010 p.p. 393-394).

⁷ El “carácter fragmentario del Derecho penal” supone que el Derecho penal no sanciona todas las actuaciones contrarias a Derecho que afecten los bienes que tutela, sino sólo aquellas formas de ataque que resulten más lesivas o peligrosas para ellos (MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Reppertor, 9ª ed., Barcelona, 2011, p.p. 118-119); “sólo debe proteger los bienes jurídicos más fundamentales para el individuo y la sociedad, y que a éstos sólo debe tutelarlos frente a los ataques más intensos, más intolerables” (SAINZ CANTERO, José A., *Lecciones de Derecho penal. Parte general. I. Introducción*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 37).

⁸ LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho penal...*, ob. cit., p. 44.

⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal. Parte general*, Ed. Tirant lo blanch, 5ª ed., Valencia, 1999, p. 45; PAREJO ALFONSO, Luciano, “La deriva de las relaciones entre los derechos administrativo y penal. Algunas reflexiones sobre la necesaria recuperación de su lógica sistemática”, en *Revista de Documentación Administrativa*, N° 284-285, 2009, p. 291; SANTANA VEGA, Dulce María, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 120; CARMONA SALGADO, Concepción, “Incidencias de la reforma penal de 2010 en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 423; SANTA CECILIA GARCÍA, Fernando, “Accesoriedad y bien jurídico en delitos medioambientales: una constante paradójica”, en *Religión, matrimonio y Derecho ante el Siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls*, Vol. II, Ed. Iustel, Madrid, 2013, p. 3681.

¹⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 118.

indispensable, para la consumación de los fines preventivos¹¹, el uso del Derecho penal y en qué casos dicha finalidad preventiva puede ser cumplida mediante el uso de disposiciones jurídico-civiles o jurídico-administrativas, o incluso otros medios del control social¹². Pero lo cierto es que solo cuando ningún otro medio es lo suficientemente efectivo, el uso de la intervención penal y sus medidas de seguridad estará legitimado¹³.

Sin embargo, las relaciones entre las ramas del Ordenamiento van más allá de lo que puede surgir de la función de *ultima ratio* y del principio de subsidiaridad del Derecho penal. El estudio, la comparación y diferenciación de dicha rama con otros sectores jurídicos exhibe grandes obstáculos, sobre todo cuando se plantea la distinción entre un ilícito y otro, ya sea administrativo o civil, y es justamente la delimitación del Derecho penal con el Derecho administrativo sancionador, sin duda alguna, la conexión más atractiva para nosotros, debido a la complejidad y dificultad para distinguir un ilícito de otro, así como a la importancia a efectos del presente estudio.

No es de extrañar que numerosos tratadistas, tanto españoles como extranjeros, hayan estudiado la distinción entre el ilícito penal y el ilícito administrativo. Así, autores como GOLDSCHMIDT, WOLF, LANGE, SCHMIDT, MICHELS, KANT,

¹¹ Según JESCHECK y WEIGEND, el Derecho penal posee una doble naturaleza, ya que este protege a la sociedad a través del castigo de transgresiones del Derecho, por lo que tiene una cualidad represiva; y además, tiene un carácter preventivo, ya que lleva a cabo su encomienda de prevenir infracciones que se tema se puedan cometer en un futuro. Entienden que esta doble faceta del Derecho penal, preventivo-represivo, no se contraponen, sino que deben comprenderse como algo unitario; mediante la amenaza, imposición y ejecución de penas justas, su finalidad es evitar la comisión de futuras infracciones del Derecho (prevención mediante represión). JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Traducción de OLMEDO CARDENETE, Miguel, Ed. Comares, 5ª ed., Granada, 2002, p. 4.

¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal...*, ob. cit., p. 393. “El Derecho penal de un Estado social se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos” (MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p.p. 116-117). Pero lo cierto es que la función protectora del Derecho penal se diferencia de las demás por “la gravedad de los medios empleados por la norma penal para cumplir su misión, y solo interviene o debe intervenir en los casos de ataques muy graves a la convivencia pacífica en la comunidad” (MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Tirant lo blanch, 8ª ed., Valencia, 2010, p. 59).

¹³ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general...*, cit., p. 118.

HEGEL, MATTES, BINDING (por nombrar algunos autores destacados)¹⁴ han puesto de relieve la importancia y complejidad de las relaciones y diferencias entre el Derecho penal y el administrativo, como veremos. En el ámbito español, dicho tema no ha quedado descubierto, ya que estudiosos del Derecho como COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN¹⁵, GARCÍA-PABLOS¹⁶, CEREZO MIR¹⁷, HUERTA TOCILDO¹⁸, NIETO GARCÍA¹⁹, entre otros, han elaborado diversas e interesantes aportaciones sobre dicha materia, como tendremos ocasión de estudiar.

Por una parte, los conceptos jurídicos-penales pueden venir influidos por conceptos administrativos y, por otro lado, la potestad administrativa sancionadora prevé una serie de sanciones administrativas que implican un continuo conflicto con el Derecho penal por conocer de conductas similares, surgiendo así la problemática de la delimitación entre ambos sectores normativos. Por lo que respecta al Código penal, este toma conceptos de diversos sectores administrativos, aunque en ocasiones los redefine de acuerdo con sus necesidades²⁰. Por supuesto que la relación de ambos sectores jurídicos es mucho más profunda; con solo observar el Código penal encontramos la

¹⁴ Cfr. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general. Introducción*, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2004, p.p. 49-64.

¹⁵ COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 51-57.

¹⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, Vol. I, Ed. Ramón Areces, 5ª ed, Madrid, 2012, p.p. 93-121.

¹⁷ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 49-64.

¹⁸ HUERTA TOCILDO, Susana, "Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios", en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor D. José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

¹⁹ NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Ed. Tecnos, 4ª ed., Madrid, 2005.

²⁰ Terminología procedente del Derecho Administrativo utilizada por el Código penal: arts. 262 "concurso o subasta pública", 294 "supervisión administrativa", 305 "subvenciones o ayudas públicas", 308.1 "Administraciones públicas", 319.1 "dominio público", 320.1 "licencias", 326.a "autorización o aprobación administrativa", 404 "asunto administrativo", 407 "cargo público", 409 "servicio público", 422 "función pública", 432.1 "caudales o efectos públicos", 436 "contratación pública", 437 "aranceles", etc. El código penal también redefine algunos conceptos de los establecidos en los ordenamientos de origen, como el concepto de funcionario público en el artículo 24.2 CP y en el artículo 135.1 de la L.O. Electoral 5/1985, de 19 de junio. Véase GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p. 94.

protección específica que le otorga a valores e intereses relacionados con las Administraciones y la función pública²¹, que define el Derecho administrativo.

El Derecho penal ampara valores que afectan de manera inmediata a la Administración Pública, y al mismo tiempo, la Administración desempeña su potestad sancionadora, con la cual vela por sus intereses o, mejor dicho, por los de la sociedad²². De ahí surgirán dos aspectos para el estudio, los cuales siendo diferentes se encuentran estrechamente ligados, y es que, por una parte, es necesario determinar las distinciones del ilícito administrativo con el ilícito penal, estableciendo si su diferenciación es sustancial o son de naturaleza idéntica, por lo que es imprescindible abordar el estudio de las teorías cualitativas, cuantitativas y eclécticas. Además, por otra parte, debemos especificar la naturaleza de la potestad sancionadora de la Administración, así como su cobertura legal y sustento²³.

1.1.1. El Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador

1.1.1.2. El Derecho penal y sus consecuencias jurídicas

Según MEZGER el Derecho penal “es el conjunto de las normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica, a un hecho cometido”²⁴. Por su parte,

²¹ El Código penal en sus Capítulos I a IX de su Título XIX, artículos 404 al 445, se refiere a los “*Delitos contra la Administración pública*” (prevaricación, abandono de destino e incumplimiento del deber de perseguir ciertos delitos, desobediencia y denegación de auxilio, infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios, etc). De igual forma, el Capítulo V, Título XXI, artículos 529 al 542, enuncia figuras delictivas de funcionarios públicos y Autoridades, “*De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales*” (contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad, y contra otros derechos individuales). El Capítulo II, Título XXII, artículos 550 al 556, “*Contra la Autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos*” (delitos de atentado, resistencia y desobediencia).

²² COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 51.

²³ *Ibidem*.

²⁴ MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte general*, Ed. Bibliográfica argentina, 6ª ed., Buenos Aires, 1958, p.27.

JESCHECK y WEIGEND consideran que el Derecho penal “determina qué transgresiones contra el orden social constituyen delito, amenazando con la pena como consecuencia jurídica por la realización de aquél. Además, con motivo de la ejecución de un hecho delictivo, también prevé la aplicación de medidas de seguridad y corrección”²⁵. Por su parte, GIMBERNAT ORDEIG mantiene que “el fin del Derecho penal no es el de moralizar ni el de retribuir; es mucho más modesto y acorde con las posibilidades humanas: es el de defender a la Sociedad e impedir la lesión de intereses jurídicos en cuya integridad todos estamos interesados”²⁶. Por ello, la misión del Derecho penal es proteger la convivencia en sociedad de las personas, en donde debe considerarse como titular del orden social a la sociedad, y al Estado como creador del Ordenamiento jurídico, protegiendo su inviolabilidad mediante la coacción estatal²⁷. De este modo, podemos decir que la finalidad del Derecho penal, en cuanto a Derecho sancionador, es la misma que la del resto de las ramas del Ordenamiento jurídico: “velar por el respeto de los derechos y establecer sanciones contra las violaciones de las normas”²⁸.

Las consecuencias jurídicas que conllevan la comisión del delito²⁹, la pena y medida de seguridad, consisten en privaciones de bienes jurídicos, las cuales son

²⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal...*, ob. cit., p. 10-11. “El Derecho penal comprende, en primer lugar y con alcance preponderante, sucesos a los cuales la Ley vincula, como consecuencia jurídica, una pena en el propio sentido del término. Pero no sólo comprende esos sucesos, ni tan sólo se ocupa de la consecuencia jurídica de la pena propiamente dicha...la Ley vincula al hecho cometido “medidas de seguridad y corrección”, que no son penas, pese a lo cual la reglamentación de esas medidas se encuentra en el propio código penal y pertenece al Derecho penal” (MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Libro de estudio...*, ob. cit., p.p. 27-28).

²⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal*, Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1990, p. 24.

²⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal...*, ob. cit., p. 2; ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Ed. Atelier, Barcelona, 2003, p.p. 122-123.

²⁸ CARRETERO PÉREZ, Adolfo/CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo, *Derecho administrativo sancionador*, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1992, p.p. 7-8.

²⁹ “La noción de delito puede ser abarcada desde muy diversas perspectivas. Así, por ejemplo, desde un punto de vista normológico, el delito puede ser definido como la vulneración de una norma de conducta; desde la teoría dogmática del delito, como una acción típica, antijurídica y culpable; desde un punto de vista sociológico, puede definirse como una desviación de las normas sociales”. ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?...*,

aplicadas a aquellas personas que atenten contra los valores fundamentales de la vida comunitaria que defiende el Derecho penal³⁰.

Pero la función del Derecho penal está condicionada por la función que se atribuya a la pena y a la medida de seguridad, al ser los medios de los que se sirve para alcanzar sus objetivos³¹. La pena y las medidas de seguridad³² son los recursos con los que cuenta el Derecho penal para reaccionar en contra de aquellos que pudieran transgredir sus normas con conductas contrarias a Derecho, perturbando con ello la convivencia humana en sociedad. Ambas se caracterizan por privar de bienes jurídicos a quienes se aplican, diferenciándose la una de la otra en que la pena supone el castigo por el mal causado, teniendo como fundamento indispensable la culpabilidad del individuo, y la medida de seguridad tiene como principal cometido evitar la comisión de nuevos ilícitos, partiendo como fundamento para su aplicación, de la peligrosidad del sujeto³³.

1.1.1.2.1. La pena

Como ya hemos mencionado, el Estado tiene la obligación de mantener el orden social, por que hará uso de las herramientas jurídicas de que dispone para llegar a

ob. cit., p. 19; véase, también, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Delito y pena en la Jurisprudencia Constitucional*, Ed. Cívitas, Madrid, 2002, p.p. 17-21.

³⁰ SAINZ CANTERO, José A., *Lecciones de Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 8.

³¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 77.

³² “El Derecho penal no sólo es un medio de represión, sino también un medio de prevención y lucha contra la delincuencia. Si esta doble tarea se lleva a cabo solamente con la aplicación de un solo medio, con la pena, se habla de Derecho penal monista. Por el contrario, se habla de un Derecho penal dualista, cuando junto a la pena, se aplican otras medidas de distinta naturaleza a las que se llaman medidas de seguridad o corrección”. Además, los “presupuestos de la reacción dualista son culpabilidad y peligrosidad. Desde un punto de vista formal, se llama culpabilidad al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una pena al autor del delito; se llama peligrosidad al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una medida. Culpabilidad y peligrosidad son, pues, los dos puntos de conexión del actual sistema de reacción estatal frente al delito”. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, Ed. Fundación universitaria de Jerez, Jerez, 1985, p.p. 51-52.

³³ SAINZ CANTERO, José A., *Lecciones de Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 19.

cumplir este cometido y, entre ellas, la pena³⁴, la cual es sin duda uno de los instrumentos “más característicos con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas, y su función depende de la que se asigne al Estado”³⁵. Es importante señalar que la pena ha estado presente a lo largo de la historia, en diferentes épocas y sociedades, por lo que ha resultado condicionada por la sociedad en donde ha sido impuesta, si bien es cierto que sus orígenes son poco conocidos³⁶.

Ya afirmaba FEUERBACH que la pena es “una satisfacción pública, así como el derecho a reclamar que sea inflingida es un derecho público”; además agregaba que “el sufrimiento de la pena no cancela los derechos privados emergentes del crimen: la pena no excluye la reparación del daño”³⁷. Más recientemente, JAKOBS señala que “la pena

³⁴ Así, BECCARIA, argumentando una explicación hacia lo que son las penas, señalaba: “las leyes son las condiciones con que los hombres vagos é independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inutil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella, para gozar la restante en segura tranquilidad. El complexô de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la Soberanía de una Nacion, y el Soberano es su administrador y legítimo depositario. Pero no bastaba formar depósito, era necesario también defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular. Procuran todos, no solo quitar del depósito la porcion propia, sino usurparse ajenas. Para evitar estas usurpaciones se necesitaban motivos sensibles, que fuesen bastantes á contener el ánimo despótico de cada hombre, quando quisiere sumergir las Leyes de la Sociedad en su caos antiguo. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas Leyes” (sic). BECCARIA BONESANA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Ed. Comares, Granada, 1996, p.p. 3-4.

³⁵ “Revitalizar la problemática de la pena y condicionarla a la filosofía política que se adopte, ha constituido hasta nuestros días la principal dificultad con que han tropezado los intentos por hallar una concepción generalmente aceptable de la función de la pena. Pero, precisamente, creo que la primera condición para resolver el problema es reconocer abiertamente la vinculación axiológica expresada entre función de la pena y función del Estado. La discusión sólo podrá discurrir sobre cauces racionales si no se ocultan las premisas políticas de las que depende”. MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, p. 30.

³⁶ “La pena es la consecuencia jurídica del delito más antigua y, cuantitativa y cualitativamente, es también, aún hoy, la más importante” (GRACIA MARTÍN, Luis, “El sistema de penas en el Código penal español”, en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Coord. Gracia Martín, Luis, Ed. Tirant lo blanch, 3ª ed., Valencia, 2004, p. 29). Un estudio interesante es el que hace GARCÍA BENÍTEZ, en su obra, *Los orígenes de la pena*, en donde recoge la evolución de la pena desde las sociedades Totémicas, pasando por el Código de Hammurabi, La Biblia, el Derecho chino así como el griego, romano, hasta la época a de la Ilustración, etc. (GARCÍA BENÍTEZ, Antonio, *Los orígenes de la pena*, Ed. Padilla libros editores y librerías, Sevilla, 2009); también véase GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2009, p.p. 3-10.

³⁷ FEUERBACH consideraba que el objetivo “principal y necesario” de la pena es el de “apartar a todos del crimen mediante su amenaza” y para ello creía que “un mal conminado penalmente

es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma”³⁸. Por su parte ROXIN (haciendo una diferenciación de ambas consecuencias jurídicas) insiste en que “toda pena presupone culpabilidad del sujeto cuando cometió un hecho en el pasado”³⁹.

En el Derecho español, ANTÓN ONECA se refería a la pena como “un mal que el Estado impone, por medio de sus órganos jurisdiccionales y con las garantías de un proceso destinado a este fin, al culpable de una infracción criminal como retribución de la misma y con la finalidad de evitar nuevos delitos”⁴⁰. CUELLO CALÓN manifestaba que la pena “es el sufrimiento impuesto, conforme a ley, por los adecuados órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal”, remitiéndose a la máxima “*poena est malum passionis quod inflingitur propter malum actionis*”⁴¹. Más recientemente, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN consideran que la pena es “el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo”⁴². FEIJOO SÁNCHEZ mantiene que la pena “es conceptualmente siempre un mal o una restricción de derechos... constituye, en abstracto, una privación o restricción de derechos... es una pérdida parcial del estatus de libertad de una persona (*capitis diminutio*) o una privación

será más adecuado a su objeto cuanto más idóneo sea para alcanzar mayores y más importantes objetivos paralelos”, clasificando a dichos objetivos paralelos en: 1) La intimidación directa mediante el espectáculo de infligir la pena; 2) La seguridad del Estado frente a los criminales penados; 3) El mejoramiento jurídico del penado. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, Trad. Al castellano de la 14ª edición alemana (Giessen, 1847) por Eugenio Raúl Zaffaroni/ Irma Hagemeyer, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 125.

³⁸ Por “a costa de” se entiende en este contexto la pérdida de cualquier bien. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Ed. Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 1997, p. 8.

³⁹ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Ed. Thomson-Cívitas, 3ª Reimpresión, Madrid, 2006, p. 42.

⁴⁰ ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1949, p. 477.

⁴¹ La pena debe ser impuesta por los límites establecidos mediante la ley, siguiendo siempre el principio de legalidad, *nulla poena sine lege* (el cual abordaremos más adelante), para otorgarle la máxima garantía jurídica al ciudadano. CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal, Tomo I*, Ed. Bosch, 16ª ed., Barcelona, 1971, p. 668.

⁴² MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 46.

de medios de interacción”⁴³. Para SILVA SÁNCHEZ, dicha consecuencia jurídica obedece “a la necesidad de poder proceder a legitimar de algún modo la «causación de mal» en que consiste esencialmente la pena”⁴⁴. GRACIA MARTÍN entiende que la pena “representa un *mal* para el delincuente, pues consiste siempre en la privación total o parcial de sus bienes jurídicos o derechos”⁴⁵. Por su parte, MOLINA BLÁZQUEZ considera a la pena como “la privación o restricción de bienes jurídicos, establecida por la Ley e impuesta por un Órgano Jurisdiccional competente, al que ha cometido un delito”⁴⁶.

De esta manera, podemos considerar a la pena como un mal aplicado a una persona que infrinja de manera culpable las normas establecidas mediante Derecho penal⁴⁷, considerándose como una reacción punitiva del Estado.

El fin o la función de la pena ha sido tratada mediante diferentes posiciones doctrinales, que en un esfuerzo de abstracción, a efectos expositivos, pueden agruparse en las teorías absolutas, de la retribución o retributivas, y teorías relativas, de la prevención o preventivas⁴⁸.

⁴³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, Ed. B de F, Montevideo, 2007, p.p. 44-45.

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal...*, ob. cit., p. 291.

⁴⁵ GRACIA MARTÍN, Luis, “El sistema de penas...”, ob. cit., p. 30.

⁴⁶ MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, p. 15.

⁴⁷ Véase, también, COSTA, Fausto, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, Trad. Mariano Ruiz-Funes, Ed. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1953, p. 287.

⁴⁸ Para MIR PUIG, “quien entienda la norma penal como imperativo, lo hará por que atribuye a la norma penal la función de motivar en contra del delito, es decir, la función de prevención de delitos y protección de bienes jurídicos. En cambio, quien vea en la función valorativa el carácter esencial de la norma penal, llevará lógicamente al primer plano la función valorativa de la pena, que se entenderá como juicio de desvalor por el hecho desvalorado cometido, esto es, como pura retribución” (MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Ed. B de F, 2ª ed., Buenos Aires, 2002, p. 46).

1.1.1.2.1.1. Las teorías absolutas, de la retribución o retributivas⁴⁹

Como su propio nombre indica, estas teorías presentan a la pena como una retribución⁵⁰ o compensación por el mal causado previamente por el delincuente⁵¹. La retribución que exige la justicia proviene, básicamente, de la idea de que “el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido”⁵². Su configuración responde, casi exclusivamente, a la reacción necesaria contra el delito, la cual se basa en la imposición de un mal, para justamente “retribuir” un mal previo⁵³. Siguiendo esta posición, se justifica la pena con base a la idea de justicia. Además, cabe mencionar que estamos ante teorías que tienden a mirar al pasado, se impone la pena a una persona porque ha delinquido⁵⁴. Pero su objetivo no es la persecución de algún fin socialmente útil, sino el establecimiento de un mal con el que se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor del hecho perpetrado. Se llaman también teorías absolutas, debido a que para ellas la finalidad de la pena es completamente independiente, “desvinculada” de su efecto social⁵⁵. Y justamente, al no atribuirle

⁴⁹ Estas teorías, dentro de la Ciencia penal española, han carecido de apoyo doctrinal, siendo distinto en el Derecho penal alemán. Cfr. CERESO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p.23.

⁵⁰ “Retribución significa pago por algo realizado, como el salario que se percibe por un trabajo. En el contexto de la pena, concebirla como retribución equivale a entenderla como el pago que merece el delincuente por su delito. También significa que con la pena el delincuente debe pagar por el delito cometido. Desde esta perspectiva, al cumplir la pena el delincuente saldaría la deuda que habría contraído con la sociedad. Imponer la pena sería una exigencia de Justicia. Sería injusto que el delito quedase sin castigo”. Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Bases constitucionales del Derecho penal*, Ed. Iustel, Madrid, 2011, p.p. 33-34.

⁵¹ DE LAMO RUBIO, Jaime, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 27.

⁵² MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 77.

⁵³ OBREGÓN GARCÍA, Antonio/GÓMEZ LANZ, Javier, “Teoría general de la pena”, en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Coord. Molina Blázquez, M^a Concepción, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 22.

⁵⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Retribución y prevención general...*, ob. cit., p. 3.

⁵⁵ “La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad: la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del Talió: ojo por ojo, diente por diente”. ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 82.

utilidad social alguna, se podría afirmar que “no sirve para nada”, pero ello no quiere decir que no exista una función asignada a la pena, ya que esta tiene la clara función de realización de Justicia⁵⁶.

GIMBERTNAT ORDEIG entiende que “a nivel humano no es posible hablar de ni de expiación ni de retribución, pues desconocemos el grado de libertad de cada persona”⁵⁷. Para FEIJOO SÁNCHEZ, la pena es un instrumento retributivo del Derecho penal, ya que según él, la pena “ya no se puede entender como una réplica fáctica o empírica (mal por mal) sino una replica normativa: estabilización de la norma frente a desestabilización de la misma, restitución de lo expresado de forma abstracta por el ordenamiento frente a la declaración de nulidad de su validez general”⁵⁸.

1.1.1.2.1.2. Las teorías relativas, de la prevención o preventivas⁵⁹

⁵⁶ Cfr MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 79. Para OBREGÓN GARCÍA y GÓMEZ LANZ, la teoría retributiva “es deudora del pensamiento idealista que interpreta el Derecho y el Estado como exigencias *a priori* de la razón, idea distante de la contemporánea consideración del Derecho penal como soporte de un medio de control social que pretende asegurar las condiciones mínimas para la coexistencia y el logro de los fines de los ciudadanos... una pena sin utilidad puede resultar contraproducente para el interés común” (OBREGÓN GARCÍA, Antonio/GÓMEZ LANZ, Javier, “Teoría general de la pena” ..., ob. cit., p.p. 24-25).

⁵⁷ GIMBERTNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal...*, ob. cit., p. 24.

⁵⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El injusto penal y su prevención ante el Código penal de 1995*, Ed. Colex, Madrid, 1997, p. 59.

⁵⁹ Autores como HASSEMER, aseguran que fue SÉNECA, “a principios de la Era Cristiana, quien, según GROTIUS, tomó de PROTÁGORAS una teoría de la pena que actualmente se califica como «moderna»: «Ninguna persona razonable castiga por el pecado cometido, sino para que no se peque» (*Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*). Esta frase, que se pierde en los orígenes de la filosofía práctica, sirve para calificar lo que hoy denominan «teorías preventivas de la pena»” (Cfr. HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, p. 347); MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, ob. cit., p. 53; GROTIUS o GROCIO citó el pensamiento de PLATÓN: «pues por causa del mal no surge animadversión alguna del derecho». Además, sostiene que “quien castiga con justicia, exige pena (*qui recte ulciscitur, poenam exigit*), y prosigue citando a SÉNECA: «no con deseo de pena, sino porque ésa es conveniente, no porque sea dulce castigar, sino porque es útil, no se enfada, sino procede con cautela, no mira hacia el pasado, pues el pasado no se repite, sino que mira hacia el futuro, para que no vuelva a suceder» (*non ipsius poena avidus, sed aquasi utile: non irascitur, sed cavet: non praeterita intuetur, quae revocari non possunt, sed futura, quae posunt prohiberi*). Prosigue GROTIUS, “y como Platón había dicho «no se castiga porque se ha pecado, sino que se castiga para que no se peque» (*non ideo punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*). Y esto de las penas es tan necesario que algunos describieron la justicia como

Estas teorías tienden a mirar al futuro, impulsando la prevención, siendo su pauta “para que no se delinca”, es decir, evitar las conductas que prohíbe la ley penal, previniendo así futuros delitos y, con ello, demostrando ser una herramienta útil, además de necesaria para la colectividad⁶⁰. Se trata, por tanto, de “aquellas teorías que atribuyen a la pena la fuerza y la misión de inhibir el futuro delito”⁶¹, mientras que las teorías retributivas miran al pasado. En este sentido, para autores como MIR PUIG la pena solamente encuentra su justificación “porque cumple la función de prevención de delitos”⁶², y es mediante esa función a través de la que se protegen “determinados intereses sociales”⁶³. Para GIMBERNAT ORDEIG la pena “no tiene una función metafísica de retribución y expiación, sino la más simple y modesta de prevenir

exigencia de pena para los que hicieron el mal” (GROCIO, Hugo, *Del Derecho de presa. Del Derecho de la guerra y de la paz, (De iure praedae. De iure belli ac pacis)*, Ed. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1987, en *Del Derecho de la presa*, Cap. II, p. 17). Por su parte SÉNECA consideraba que “en todo castigo obrará con el convencimiento de que tiene doble objeto que perseguir: corregir los malvados o destruirlos. En uno y otro caso, no atiende a lo pasado, sino a lo venidero. Porque, como dice Platón, «el sabio castiga, no porque se haya delinquido, sino para que no se delinca; el pasado es irrevocable, el porvenir se previene; a aquellos que quiera presentar como ejemplos de maldad que alcanza desastroso fin, les hará morir públicamente, no tanto para que perezcan, como para impedir que perezcan otros»” (SÉNECA, Lucio Anneo, *Sobre la ira (De ira)*, Trad. Francisco Navarro y Calvo, Ed. Artemisa, Tenerife, 2007, I, XVI, p.p. 37-38).

⁶⁰ DE LAMO RUBIO, Jaime, *Penas y medidas...*, ob. cit., p. 28. “La felicidad mayor colocada en el mayor número” es la fórmula política utilitaria proclamada por BECCARIA, una segunda versión en el pensamiento Ilustrado por MONTESQUIEU “Toda pena que no derive de la necesidad, es tiránica”; de igual forma BECCARIA mantenía que “Todo acto de autoridad de hombre á hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tyránico” (sic). “Fue, pues, la necesidad quien obligó á los hombres para ceder parte de su libertad propia: y es cierto, que cada uno no quiere poner en el depósito público, sino la porcion mas pequeña que sea posible, aquella solo que baste á mover los hombres para que le defiendan. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles, forma el derecho a castigar: todo lo demas es abuso, y no justicia: es Hecho, no Derecho.”(sic) (BECCARIA BONESANA, Cesare, *Tratado de los delitos...*, ob. cit., p.p. 1-5); MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Trad. Mercedes Blázquez/Pedro de Vega, Ed. Tecnos, 4ª ed., Madrid, 1998, XIX, 14, p. 209. Véanse, también, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 262; FALCÓN Y TELLA, María José/FALCÓN Y TELLA, Fernando, *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un Derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 178.

⁶¹ HASSEMER, Winfried, *Fundamentos...*, ob. cit., p. 347.

⁶² MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, ob. cit., p. 52.

⁶³ MIR PUIG, Santiago, *Bases constitucionales...*, ob. cit., p. 40.

delitos”⁶⁴. Cabe destacar que estas teorías reciben también el nombre de relativas debido a que, a diferencia de las teorías absolutas, la prevención tiene necesidades relativas y circunstanciales⁶⁵. La realidad siempre es tomada en cuenta por las teorías relativas. Al contrario de las teorías absolutas, que no contienen consideración alguna por la imperfección de la realidad (sólo la valoran y le atribuyen un sentido), las relativas tienen en cuenta la incidencia de la pena en la “realidad imperfecta”, es decir, si la pena en realidad “soluciona los casos jurídico penales” (algo que para las absolutas es innecesario)⁶⁶. Asimismo, debemos apuntar que estas últimas se dividen en dos vertientes: prevención especial y prevención general⁶⁷.

A) La prevención especial se caracteriza por dirigirse al delincuente en particular, a una persona determinada, y así la pena evitaría que quien la sufre vuelva a delinquir. Se orienta al delincuente, esperando normalmente un efecto “resocializador”⁶⁸. Mediante esta vertiente se trata de evitar la reincidencia, entendiendo al delincuente como un “foco de peligro para bienes jurídicos”, al cual el Derecho tiene obligación de otorgar protección, lo que supone que la finalidad de la pena en este caso,

⁶⁴ Además agrega: “el legislador amenaza con una pena aquellos comportamientos que —por la grave perturbación que suponen para la vida social— quiere evitar, confiando en que la mayoría de los ciudadanos, para no sufrir el mal anunciado, se abstendrán de realizar el hecho prohibido”. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal...*, ob. cit., p. 179.

⁶⁵ MIR PUIG, Santiago, *Bases constitucionales...*, ob. cit., p. 40.

⁶⁶ HASSEMER, Winfried, *Fundamentos...*, ob. cit., p.p. 350-351.

⁶⁷ Partiendo de que el Derecho penal debe garantizar la convivencia social, son las teorías de la pena las que definen como debe ser alcanzado ese objetivo, así según ROXIN “influyendo en los propios delincuentes (prevención especial) o en todos los miembros de la sociedad (prevención general), o mejor, a través de ambas al mismo tiempo. De esto resulta una teoría penal de la prevención que pone en relación la magnitud en la cual puedan perseguirse ambas posibilidades de influjo (muy diferentes por sus resultados), de una manera que, según los parámetros del Estado social de Derecho, sea útil o al menos aceptable, por igual, para la sociedad, la eventual víctima y el autor”. ROXIN, Claus, *La teoría del delito. En la discusión actual*, Ed. Grijley, Lima, 2007, p. 43.

⁶⁸ Sobre la resocialización HASSEMER comenta que “los problemas comienzan con la falta de acuerdo sobre el contenido de la meta «socialización» o «resocialización», un acuerdo que tampoco es fácil que se pueda conseguir a corto plazo... Las fórmulas adoptadas en numerosos preceptos que se refieren al tratamiento en el régimen penitenciario aluden, sin embargo, a que se espera algo más que el simple abstenerse de cometer delitos. «Responsabilidad social» y «reinserción (social) tras la excarcelación» son criterios que atienden a cualidades y estados que están situados en un estadio previo al simple comportamiento legal”. HASSEMER, Winfried, *Fundamentos...*, ob. cit., p.p. 347, 355 y ss.

es una lucha constante contra el “carácter peligroso” de la persona⁶⁹. En la actualidad, esta vertiente se considera, en gran medida, desfasada, lo que para juristas como ROXIN es “lamentable”, ya que considera que la “finalidad de ayudar al autor del delito a tener una vida futura sin delito es, como idea, el medio más constructivo de todos para tratar con la criminalización”⁷⁰. También, cabe mencionar que esta vertiente se entiende mediante varias posiciones, las cuales no necesariamente son compatibles entre sí, como la eliminación, intimidación individualizada, inocuización, corrección y resocialización⁷¹.

B) La prevención general se caracteriza por dirigirse a toda una sociedad, a la “generalidad de los ciudadanos”, por una parte para disuadir de la comisión de delitos (prevención general negativa) y, por otra parte, haciendo que la sociedad tenga confianza en el Ordenamiento jurídico-punitivo (prevención general positiva)⁷².

a. La prevención general negativa supone la prevención frente a la colectividad, manteniendo que la pena debe observarse como un medio para paliar la criminalidad que existe en la sociedad⁷³, mediante la intimidación o disuasión a los potenciales

⁶⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Retribución y prevención general...*, ob. cit., p. 167.

⁷⁰ Además, analizando la prevención especial, ROXIN agrega que “la resocialización ayuda al delincuente en la reintegración social y eleva sus oportunidades en la vida. Pero también ayuda a la generalidad, porque un autor que no vuelve a cometer delitos ya no representa un riesgo y, con ello, mejora las condiciones de vida de todos”. ROXIN, Claus, *La teoría del delito...*, ob. cit., p. 74.

⁷¹ Eliminación: la forma más sencilla de impedir nuevos delitos, consiste en la eliminación del culpable (no necesariamente su muerte, también se considera el destierro o extrañamiento). Intimidación individualizada: la privación de bienes jurídicos que entraña la pena debe atemorizar suficientemente al sujeto que la sufre, con el objeto de que el recuerdo de la misma frene en el futuro su inclinación al delito. Inocuización: con la imposición de la pena se persigue apartar al sujeto de la sociedad y evitar que de nuevo pueda causar un daño o peligro a los demás. Corrección: por medio de la pena debe procurarse la transformación moral del delincuente y la superación de los problemas que le impulsaron a cometer el delito, corrigiendo sus desajustes internos. Resocialización: para que la pena cobre sentido es preciso atender a los factores que provocan, o cuando menos favorecen, la aparición de delito (causas educativas, económicas, sociales, trastornos de personalidad...) e incidir sobre ellos en relación con el sujeto concreto que los comete, con vistas a que, una vez recuperado, pueda integrarse (reinsertarse) de forma responsable en la sociedad. OBREGÓN GARCÍA, Antonio/GÓMEZ LANZ, Javier, “Teoría general de la pena”..., ob. cit., p.p. 27-28.

⁷² MIR PUIG, Santiago, *Bases constitucionales...*, ob. cit., p.43; GARCÍA VALDES, Carlos, *Introducción...*, ob. cit., p.14; HASSEMER, Winfried, *Fundamentos...*, ob. cit., p. 348.

⁷³ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, ob. cit., p. 53.

delincuentes. Lo que se busca es la utilidad de la pena, a diferencia de las teorías absolutas, que buscan la legitimación en la idea de Justicia. En este sentido, fue FEUERBACH, mediante su teoría de la “coacción psicológica”⁷⁴, quien desarrollo la “prevención intimidatoria”, la cuál dominó el pensamiento de la época de la Ilustración⁷⁵.

b. La prevención general positiva ha tenido su gran impulso durante los últimos treinta años. La función de la pena ha tenido cambios dentro de los parámetros que mantenía en siglos pasados, con lo que el aspecto intimidatorio ha venido desvaneciéndose, de manera que actualmente, y dentro de esta posición, los destinatarios de la pena no son solamente los delincuentes potenciales, sino toda la sociedad⁷⁶. Asimismo, se puede entender que la prevención general positiva es una manera de limitar la intimidación del “terror penal” que se lleva a cabo mediante la agravación de la amenaza penal, por lo que se intenta, no solamente por la vía del miedo a la pena, “sino también por una razonable afirmación del Derecho en un Estado social y democrático de Derecho”⁷⁷.

1.1.1.2.2. La medida de seguridad

Las medidas de seguridad son consideradas como el medio de reacción que tiene el Derecho penal para aquellas personas que puedan considerarse peligrosas para la sociedad⁷⁸. En sí podrían entenderse como un medio de prevención de delitos⁷⁹, ya que,

⁷⁴ De este modo, “si de todas formas es necesario que se impidan las lesiones jurídicas, entonces deberá existir otra coerción junto con la física, que se anticipe a la consumación de la lesión jurídica y que, proviniendo del Estado, sea eficaz en cada caso particular, sin que requiera el previo conocimiento de la lesión. Una coacción de esta naturaleza sólo puede ser de índole psicológica”. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von, *Tratado de Derecho penal...*, ob. cit., p. 60.

⁷⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Retribución y prevención general...*, ob. cit., p.p. 127 y ss.

⁷⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Retribución y prevención general...*, ob. cit., p.p. 261-262.

⁷⁷ MIR PUIG, Santiago, *Bases constitucionales...*, ob. cit., p.p. 41-42.

⁷⁸ “La índole y la duración de las medidas están en función de la peligrosidad y, por tanto, de la personalidad del delincuente... Las medidas de seguridad se introducen en las legislaciones

a diferencia de las penas, que responden al delito cometido, estas se vinculan a la peligrosidad del sujeto⁸⁰. Para ROXIN, “toda medida de seguridad presupone una continuada peligrosidad del sujeto para el futuro”, y tratando de dar explicación a la existencia de las medidas, dicho autor sostiene que “la peligrosidad de un sujeto puede ser en particular tan grande para la colectividad, que la pena ajustada a la culpabilidad no baste para proteger suficientemente de sus ataques a la colectividad”⁸¹. MOLINA BLÁZQUEZ se refiere a las medidas de seguridad como “los métodos que se utilizan respecto a sujetos que tienen tendencia a la comisión de delitos, para obtener su resocialización o, en último extremo, para mantenerlos aislados, a fin de que no causen perjuicios a la convivencia ciudadana”⁸². Por su parte, GARCÍA-PABLOS mantiene que las medidas de seguridad funcionan para “prevenir delitos frente al sujeto

penales modernas a raíz del Anteproyecto del Código penal suizo de Stoos de 1893, por influencia de la escuela positiva italiana (que vinculaba la pena a la peligrosidad del delincuente). En Alemania se introdujeron por la Ley de 24 de noviembre de 1933 y en Italia en el Código de 1930. En nuestro país las medidas de seguridad aparecen por primera vez con este nombre en el Código penal de 1928 (arts. 90 y ss.). En la Ley de vagos y maleantes de cuatro de agosto de 1933, se incluía un amplio catálogo de medidas de seguridad predelictuales y postdelictuales, lo mismo que en la Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970”. Cfr. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p. 39.

⁷⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control...*, ob. cit., p. 52; GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y la extinción...*, ob. cit., p. 79; GRACIA MARTÍN, Luis, “Las medidas de seguridad y reinserción social”, en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Coord. Gracia Martín, Luis, Ed. Tirant lo blanch, 3ª ed., Valencia, 2004, p.p. 385-386. Sobre la peligrosidad: “La doctrina distingue cuatro tipos de peligrosidad: predelictual, postdelictual, criminal y social. Por peligrosidad predelictual se entiende la anterior al delito, por ejemplo la del enajenado con tendencias violentas. Peligrosidad postdelictual es la posterior a la comisión del delito. La peligrosidad criminal se define como la capacidad criminal del delincuente, la probabilidad de que cometa delitos, es la del individuo que constituye una auténtica amenaza a la sociedad, porque se coloca contra la Ley. Sin embargo, la peligrosidad social es propia del individuo asocial, del inadaptado parcial o totalmente a la vida social, del marginado, del que no se coloca contra la Ley, sino que vive al margen de la misma, y por ello no suele cometer delitos, al menos graves, sino a lo más pequeños delitos o faltas contra el patrimonio cuando se le presenta la ocasión propicia, es el vago, el mendigo, el parásito, pero nunca es un delincuente peligroso” (MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, “Las medidas de seguridad”, en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Coord. Molina Blázquez, Mª Concepción, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p.p. 172-173); MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, *La aplicación de la pena...*, ob. cit., p. 80.

⁸⁰ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, ob. cit., p.p. 66-67; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tecnos, 6ª ed., Madrid, 2005, p.p. 115-116. “La índole y la duración de las medidas están en función de la peligrosidad y, por tanto, de la personalidad del delincuente” (CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p. 39).

⁸¹ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p.p. 42, 103-104.

⁸² MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, “Las medidas de seguridad”..., ob. cit., p.172.

peligroso”, lo que el mencionado autor considera en otras palabras como “la prevención especial”⁸³.

Este mecanismo que contempla la Ley es aplicable cuando “el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito” y, además, cuando del “hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”, como establece el artículo 95.1 del Código penal⁸⁴.

GARCÍA-PABLOS divide sus funciones y considera que “unas son, ante todo, de carácter «asegurador», de suerte que sólo en muy sendo término cabe afirmar persigan fines resocializadores junto a las metas «inocuidadoras» que las inspiran”. Además, considera otras de naturaleza “educadora”, “curativas” o “terapéuticas”. Pero lo más importante es que parte de la doctrina pone el acento en la función de “corrección” de las medidas, y otra parte la función genérica de las medidas, “la de seguridad o aseguramiento”⁸⁵. Para MIR PUIG, quien en nuestra opinión asigna unas funciones muy concisas, las medidas de seguridad, dentro del Derecho positivo, tienden a la prevención especial, “sea inocuidando al delincuente (medidas asegurativas), reeducándolo (medidas educativas) y curándolo (medidas terapéuticas)”⁸⁶. También en este sentido, CEREZO MIR afirma que las medidas de seguridad se orientan en los fines de prevención especial mediante la advertencia individual, corrección o enmienda del delincuente y la inocuidación⁸⁷. Aunque en definitiva, las funciones de las medidas

⁸³ “A las exigencias de prevención especial o necesidad de neutralizar el peligro que ciertos sujetos representan, deben su origen las medidas de seguridad en todas las legislaciones”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p. 350.

⁸⁴ RÍOS MARTÍN, Julián y Otros, *Las penas y su aplicación. Contenido legal, doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Colex, 3ª ed., Madrid, 2007, p.145.

⁸⁵ “En la doctrina española predominan criterios conciliadores, en el marco siempre de la función preventivo-especial que se asigna a las medidas”. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p. 351.

⁸⁶ Bajo los planteamientos que hace, MIR PUIG precisa que las medidas de seguridad tienen la función de prevención especial, pero ello no explica la función de la previsión especial, para lo cual considera que dicha prevención especial es sólo un medio de protección de los bienes jurídicos, mientras que la función de las medidas de seguridad es la protección de los bienes jurídicos. MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, ob. cit., p. 78-79.

⁸⁷ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p. 38.

de seguridad deben atender a lo manifestado por la Constitución en su artículo 25.2, en donde se establece que deberán estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social.

Debemos entender que la esencia de la pena y las medidas de seguridad no es diferente en sí, ya que su tendencia preventiva es la misma, y su diferencia recae, no en el fin, sino en la limitación, y su unión puede reflejarse en el principio de proporcionalidad, mas no así en su gravedad y duración a la medida de la culpabilidad⁸⁸.

1.1.1.3. La potestad sancionadora de la Administración: descripción y cobertura legal

En términos generales puede definirse el Derecho administrativo⁸⁹ como el conjunto de normas jurídicas que se refieren a las Administraciones públicas. Para GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, se trata de un “Derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, sustrayendo a estos sujetos del Derecho común”⁹⁰. También se ha definido al Derecho administrativo como “aquella parte del Derecho Público que regula la organización y el funcionamiento del Poder ejecutivo y sus relaciones con los administrados, así como la función administrativa de los diversos Poderes y Órganos constitucionales del Estado”⁹¹. De igual forma, puede entenderse como “el Derecho que regula la organización de las Administraciones Públicas, el ejercicio que realizan de los poderes que se le confían, y su control

⁸⁸ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p.p. 104-105; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas...*, ob. cit., 120.

⁸⁹ “A partir de la Revolución francesa, momento en el que nace el Derecho Administrativo, y durante la primera mitad del siglo pasado, la Administración Pública se identifica con el Poder Ejecutivo, en el marco constitucional del principio de división de poderes. El Derecho Administrativo venía a ser entonces el régimen jurídico especial del Poder Ejecutivo”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Vol. I, 15ª ed., Ed. Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, p. 34.

⁹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Vo.II, 15ª ed.,..., ob. cit., p. 48.

⁹¹ GARRIDO FALLA, Fernando, y Otros, *Tratado de Derecho administrativo*, Vol. I, 15ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2010, p. 130.

judicial”⁹². Además, dicho carácter estatutario que tiene el Derecho administrativo conduce a relacionar esta rama con un determinado tipo de sujetos, las Administraciones públicas, por lo que este sector del Ordenamiento tiene que ocuparse de las exigencias que las Administraciones presentan, con el fin de que exista un buen desenvolvimiento jurídico. El Derecho administrativo es “un microcosmos jurídico, que tiende a cubrir las posibles zonas en que se mueven las Administraciones Públicas, incluso aquellas que constituyen el objeto de regulación de otros Derechos”⁹³. Desde nuestra perspectiva el Derecho administrativo debe ser considerado como el conjunto de normas jurídicas que se encargan de regular la organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas, así como el ejercicio de los poderes que a éstas se les confiere, además de su relación con los administrados.

Es pues, importante para nuestro estudio, hacer referencia al instrumento al que recurre frecuentemente la Administración, cuando aparecen actuaciones contrarias a lo establecido por las normas administrativas, por parte de los administrados, y nos referimos a la sanción administrativa, la cual, aunque mantiene finalidades de protección doméstica o interna, sin embargo, es utilizada para proteger la convivencia social, tutelando el orden social general⁹⁴. Con mayor concreción desde un punto de vista conceptual podemos entenderla como una consecuencia de una conducta ilegal, impuesta por la Administración a una persona⁹⁵. Según el Tribunal Constitucional (en adelante TC) en su Sentencia (en adelante STC) **147/1986** de 25 de noviembre, debemos de entender a la sanción como “la consecuencia desfavorable que la Ley vincula de modo directo e inmediato a la comisión de un ilícito”⁹⁶. Siguiendo a

⁹² GAMERO CASADO, Eduardo/FERNÁNDEZ RAMOS, Severino, *Manual básico de Derecho administrativo*, 8ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2011, p. 44.

⁹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Vol. I, 15ª ed.,..., ob. cit., p. 49.

⁹⁴ SUAY RINCÓN, José, *Sanciones administrativas*, Ed. Real colegio de España, Bolonia, 1989, p.p. 19-20.

⁹⁵ SILVA FORNÉ, Diego, “Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al Derecho administrativo sancionador”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Coord. Díez Ripollés, José Luis, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 174.

⁹⁶ DEL REY GUANTER, Salvador, *Potestad sancionadora de la Administración...*, ob. cit., p. 32.

GARCÍA DE ENTERRÍA, la sanción administrativa es “cualquier mal inflingido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”⁹⁷, a lo que cabe agregar a resultas de un procedimiento administrativo. Las sanciones administrativas cuentan con una serie de características: a) carácter administrativo de la autoridad de la que emanan (elemento subjetivo); b) efecto aflictivo de la medida en que se exteriorizan (elemento objetivo); c) realización de una conducta contraria a Derecho, un ilícito, con carácter previo; y d) carácter administrativo del procedimiento que ha de observarse (elemento formal). Si reúne estas condiciones, podemos afirmar que se trata de una sanción administrativa⁹⁸.

Dichas sanciones administrativas son, por lo tanto, una manifestación del poder jurídico, derivado del Ordenamiento, dirigidas a mejorar el gobierno en sus diferentes sectores de la vida social.

Es de destacar que la norma jurídica se singulariza por su capacidad de obligar al individuo a regirse por el “deber ser” de la norma. En otras palabras, la norma necesita a la sanción, ya que sin la obligatoriedad y sin la sanción no existiría el Derecho positivo⁹⁹. Según GARRIDO FALLA, la coacción se dirige al cumplimiento de lo ordenado contra la voluntad del obligado a ello, mientras que la sanción es el medio represivo que se pone en marcha porque la obligación no se ha cumplido¹⁰⁰. Sin embargo, podríamos decir que la coacción es una pieza fundamental de la sanción, debido a que “maximiza la obediencia y minimiza la desobediencia” de acuerdo con la norma jurídica. La idea de una vida social regulada y ordenada conforme a Derecho, es impulsada mediante la sanción. En otras palabras, se trata de un grupo de “medios de

⁹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, en *Revista española de Derecho administrativo*, N° 10, 1976, p. 399; “Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Vol. II, 12ª ed., Ed. Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, p. 169).

⁹⁸ Cfr. De forma similar, SUAY RINCÓN, José, *Sanciones administrativas...*, ob. cit., p.p. 55-58; SILVA FORNÉ, Diego, “Posibles obstáculos para la aplicación...”, ob. cit., p. 175.

⁹⁹ DEL REY GUANTER, Salvador, *Potestad sancionadora...*, ob. cit., p. 29.

¹⁰⁰ GARRIDO FALLA, Fernando, y Otros, *Tratado de Derecho administrativo*, Vol II, 12ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2006, p. 193.

reacción” con los que cuenta el Ordenamiento jurídico en contra de cualquier acto o situación antijurídica¹⁰¹.

Por lo tanto, entendemos que el Derecho se caracteriza por ser un orden coactivo, el cual tiene la fuerza para doblegar la voluntad individual, como una de las formas de poder. Dicho “medio de doblegamiento” es asignado a la Administración como un poder sancionador autónomo, independiente de la pena criminal¹⁰².

Ciertamente se ha venido diciendo que el *ius puniendi* forma parte del poder coactivo del Estado, y es la causa de la potestad sancionadora de la Administración, la cual se encuentra fundada en el Derecho positivo, en donde la sanción es capacitada mediante la manifestación del poder, el cual es producto del Derecho de legislar¹⁰³. En buena lógica el *ius puniendi* estatal es empleado para aplicar un mal y, sin embargo, debemos manifestar que no está dirigido, únicamente, a restituir el orden transgredido, sino que lo que se persigue es prevenir. Con ello, lo que se busca es que la sanción administrativa no se limite sólo a obligar al infractor a reparar o resarcir las cosas a como estaban antes de cualquier daño¹⁰⁴.

Pero lo cierto es que durante años se ha puesto en duda dentro de la doctrina jurídica la potestad punitiva de la Administración, argumentando un ataque al Estado de Derecho, ya que según el principio de división o separación de poderes, que surge a partir de la Revolución francesa¹⁰⁵, la potestad sancionadora del Estado debe quedar en manos de los jueces y el poder ejecutivo no debería intervenir. Según TRAYTER, el poder sancionador de la Administración pública que le ha sido otorgado se debe a

¹⁰¹ DEL REY GUANTER, Salvador, *Potestad sancionadora...*, ob. cit., 30.

¹⁰² CARRETERO PÉREZ, Adolfo/CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo, *Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 70; COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 52.

¹⁰³ CARRETERO PÉREZ, Adolfo/CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo, *Derecho administrativo...*, ob. cit., p.p. 69 y 70.

¹⁰⁴ Cfr. RANDO CASERMEIRO, Pablo, *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 94.

¹⁰⁵ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Ed. Thomson-Cívitas, Navarra, 2005.

“razones de política legislativa y de eficacia en la ordenación del sistema represivo”¹⁰⁶. Y ciertamente hoy en día, es impensable poner en duda esta competencia de la Administración, ya que sería imposible el funcionamiento del Estado como actualmente se conoce, pues el interés público debe ser protegido mediante una actuación administrativa eficaz¹⁰⁷. De este modo, del Estado actual, nacido de dicho principio, emana una Administración pública provista del Derecho administrativo sancionador, el cual precisa de ámbitos propios, además de gozar en sí de un instrumento regulador propio, el Reglamento, siendo esto opuesto a lo que el principio de división de poderes en su concepción clásica promovía, un monopolio legislativo del Parlamento¹⁰⁸.

De una manera muy peculiar, la Constitución española de 1978 ha reconocido la facultad de la Administración para imponer sanciones independientemente de la potestad punitiva de los tribunales¹⁰⁹. La Carta Magna ha sido indirectamente influida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual tiene la obligación de garantizar la defensa de los Derechos fundamentales establecidos en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Dicho Tribunal, entre sus sentencias sobre derechos y libertades fundamentales, ha emitido, en varias ocasiones, sus valoraciones sobre el *ius puniendi*. Además, el artículo 6 de dicho Convenio, que establece un derecho a un proceso equitativo¹¹⁰, ha sido la disposición con mayor número de controversias en cuanto a la

¹⁰⁶ TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 50.

¹⁰⁷ TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, *Manual de Derecho disciplinario...*, ob. cit., p. 51.

¹⁰⁸ CASTILLO BLANCO, Federico A., *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Ed. Cívitas, Madrid, 1992, p. 25.

¹⁰⁹ CANO CAMPOS, Tomás, “Derecho administrativo sancionador en España”, en *El Derecho de Europa y de América Latina*, Ed. Estudios Judiciales TSJDF, México DF., 2010, p. 30.

¹¹⁰ **Artículo 6:** Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia 2. Toda persona acusada de

potestad sancionadora de la Administración, suscitando una serie de reclamaciones que se sustentan en contra de la potestad punitiva de la Administración, ya que esta no era contemplada como “materia penal”, por lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se vio obligado a determinar un concepto de “materia penal” en el sentido de dicho artículo, además de precisar si esta expresión incluía también la parte coercitiva de la Administración. Y es el caso Engel, Sentencia de 8 de junio de 1976 (TEDH 1976,3), la causa por la que se adopta una valoración única en cuanto a materia punitiva, la cual abarca el ámbito penal y el administrativo¹¹¹. Esta “fusión” del *ius puniendi* es la que inspira a la CE, y es que en su artículo 25 apartado 1º expresa que “*nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”. Este artículo es de suma importancia, pues, aunque no manifieste la diferencia entre infracciones penales e infracciones administrativas, sí otorga una naturaleza a la potestad sancionadora a la Administración. Además, afirmamos que se da un reconocimiento peculiar, porque la facultad de imponer las sanciones no se encuentra de forma explícita, sino que esta emana, a *sensu contrario*, de su apartado 3º: “*la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad*”. Más adelante, en materia de medioambiente, sí que se hace énfasis sobre las sanciones penales y administrativas, y así el artículo 45.3 establece: “*para quienes violen lo dispuesto...se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas...*”. Con ello se da por constitucionalizada una potestad que obstaculiza el acaparamiento del *ius puniendi* por parte de los Tribunales¹¹².

una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

- a. A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.
- b. A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.
- c. A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.
- d. A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra el y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.
- e. A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

¹¹¹ RANDO CASERMEIRO, Pablo, *La distinción entre el Derecho...*, ob. cit., p.p 76-77.

¹¹² TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, *Manual de Derecho disciplinario...*, ob. cit., p. 49; “ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, Dirección del servicio jurídico del Estado”, *Manual*

En este sentido, la **STC 77/1983** de 3 de octubre se ha pronunciado en el sentido de respaldar y fundamentar la potestad sancionadora que tiene la Administración pública. De la misma podemos resaltar lo siguiente:

“El problema central que el presente recurso de amparo plantea es el relativo a la extensión y a los límites de la potestad sancionadora de la Administración, dado que la característica más saliente del asunto es la desarmonía entre la apreciación de los hechos por parte de la autoridad judicial y la consiguiente decisión que sobre ellos pronunció y la llevada a cabo por el Gobierno Civil.

No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable... Siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el artículo 25, apartado tercero, aunque, como es obvio, sometiéndole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos.

Debe, pues, subrayarse que existen unos límites de la potestad sancionadora de la Administración, que de manera directa se encuentran contemplados por el artículo 25 de la Constitución y que dimanen del principio de legalidad de las infracciones y de las sanciones. Estos límites, contemplados desde el punto de vista de los ciudadanos, se transforman en derechos subjetivos de ellos y consisten en no sufrir sanciones sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente puedan imponerlas”.

de Derecho administrativo sancionador. Tomo I, 2ª ed., Ed. Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 67.

Continúa el TC:

“Colocados de lleno en la línea a la que hemos llegado en el apartado anterior, podemos establecer que los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el artículo 25.1 de la Constitución son: a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan; b) la interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas; c) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones, y d) finalmente, la subordinación a la autoridad judicial.

La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control «a posteriori» por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada”.

Con ello, el TC fija los fundamentos interpretativos de la articulación entre lo que es la potestad sancionadora que tiene la Administración y el empleo del *ius puniendi* por parte de los Jueces y Tribunales, ratificando así que tanto la potestad penal de los Tribunales, como la potestad sancionadora administrativa, pertenecen al *ius puniendi* del Estado, por lo que podemos entender que dichas potestades son

manifestaciones de éste¹¹³. Posteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS), de 20 de enero de 1987, RJ 1987/256 (Fuentes Lojo), reproduce lo dictado por la STC 77/83, en cuanto a los límites de la potestad sancionadora de la Administración, refiriéndose a que:

“de acuerdo con el artículo 25.1 de la Constitución, éstos no sólo han de ser el de legalidad, el de la interdicción de las penas de privación de libertad, y el del respeto de los derechos de defensa reconocidos en el artículo 24, sino también el de la subordinación de los actos sancionatorios de la Administración a la autoridad judicial, que, a su vez, lleva el necesario control a posteriori de dichos actos mediante el oportuno recurso, y a la imposibilidad de que los Órganos de dicha Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o de las leyes especiales mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos”.

El reconocimiento de la potestad sancionadora de la Administración por parte de la CE ha dejado de lado ciertos principios, como la presunción de inocencia o la prohibición del *non bis in idem*¹¹⁴, quedando estos sin un fundamento adecuado, siendo la jurisprudencia del TC la que ha venido a cubrir esta insuficiencia a partir de la **STC 18/1981** de 8 de junio¹¹⁵.

En efecto, el escenario de la potestad punitiva de la Administración no era del todo claro y se necesitaban medidas que dieran forma y sustento a dicha potestad. Por un lado, la reorganización y unificación de la normativa sancionadora, que había estado

¹¹³ “ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, Dirección del servicio jurídico del Estado”, *Manual de Derecho administrativo...*, Tomo I, 2ª ed., ob. cit., p. 69.

¹¹⁴ El *non bis in idem* será tratado más adelante.

¹¹⁵ “ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, Dirección del servicio jurídico del Estado”, *Manual de Derecho administrativo...*, Tomo I, 2ª ed., ob. cit., p. 72.

desperdigada en las diferentes leyes, además de supeditar el poder sancionador de la Administración a los principios y garantías que acotan la intervención penal del Estado. Igualmente, era necesaria de *lege ferenda*, que la intervención del Derecho penal y el Derecho administrativo fuera delimitada con mayor precisión, así como emprender una aproximación clara sobre las competencias de las sanciones penales y administrativas, para encuadrar la aplicación del principio *non bis in idem*¹¹⁶.

Tuvieron que pasar varios años para que llegase una norma, ampliamente reclamada por la doctrina, que regulara la potestad sancionadora de la Administración, siendo esta la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante LRJAP), en su Título IX “De la potestad sancionadora”, que abarca los artículos 127-138. En la exposición de motivos de dicha Ley expresa en su punto número 14 lo siguiente: *“El título IX regula los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del texto constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia. Efectivamente, la Constitución, en su artículo 25, trata conjuntamente los ilícitos penales y administrativos, poniendo de manifiesto la voluntad de que ambos se sujeten a principios de básica identidad, especialmente cuando el campo de actuación del derecho administrativo sancionador ha ido recogiendo tipos de injusto procedentes del campo penal no subsistentes en el mismo en aras al principio de mínima intervención”*. Además, el Título IX se divide en dos capítulos, los cuales agrupan dos tipos de principios: los principios de la potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador. Estos capítulos se encuentran desarrollados mediante el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora¹¹⁷. Quien detenta el ámbito de aplicación de la potestad sancionadora prevista por el Reglamento es la Administración General del Estado, la Administración de las Comunidades Autónomas y las Entidades que forman la Administración Local.

¹¹⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p. 110.

¹¹⁷ “ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, Dirección del servicio jurídico del Estado”, *Manual de Derecho administrativo...*, Tomo I, 2ª ed., ob. cit., p. 72.

La LRJAP¹¹⁸ intentó conseguir, de manera tímida, uno de los objetivos necesarios, que era reunificar y reordenar la normativa sancionadora. Dicha Ley contempla los principios rectores de la potestad administrativa, como la legalidad (artículo 127), tipicidad (artículo 129) y el *non bis in idem* entre sanciones administrativas y penales (artículo 133), y también tiene en cuenta la irretroactividad (artículo 128), la prescripción (artículo 132)...

No obstante, han sido muchas las críticas por parte de la doctrina, que manifiesta que dicha Ley no puede ser tomada como una “genuina y exhaustiva Parte general reguladora del poder sancionador de la Administración”, afirmando que tampoco se formulan ni explicitan satisfactoriamente los criterios a los que se deberá de someter en el caso del principio de culpabilidad y del principio de proporcionalidad. Para el primero de ellos, la Ley señala que “sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia” (artículo 130.1), e incluso dispone de una responsabilidad subsidiaria o solidaria (artículo 130.3). Como

¹¹⁸ Años más tarde se promulgó la Ley 4/1999, de 13 de enero, de Procedimiento Administrativo, que vino a reformar aspectos sustantivos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la cual no será objeto de estudio del presente trabajo, pero creemos importante mencionarla. En su exposición de motivos establece: “La regulación del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común constituye una pieza clave en las relaciones de la Administración con los ciudadanos y en la satisfacción de los intereses generales a los que la Administración debe servir por mandato constitucional (artículo 103.1 CE). Ambos aspectos están interrelacionados y, dada su importancia, aparecen contemplados en el artículo 149.1.18 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia para regular *las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas*, por un lado, y directamente, por otro, el *procedimiento administrativo común*. Se pretende garantizar de esta manera una igualdad en las condiciones jurídicas básicas de todos los ciudadanos en sus relaciones con las diferentes Administraciones públicas. Con base en estos planteamientos, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común sustituyó a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, introduciendo una nueva regulación adaptada a los principios constitucionales y a la nueva organización territorial del Estado e incorporando avances significativos en la relación de las Administraciones con los ciudadanos. Sin embargo, durante su aplicación se han suscitado algunos problemas que han llevado a plantear desde diversos sectores la necesidad de su modificación. La proliferación de normas reguladoras de procedimientos administrativos, los problemas detectados en la regulación de ciertos artículos -como los referidos al silencio administrativo, la revisión de los actos o la responsabilidad patrimonial-, y la supresión del recurso de reposición son lugares comunes en las críticas formuladas a la Ley 30/1992, que justifican su reforma pensando en el buen funcionamiento de la Administración pública y, sobre todo, en los ciudadanos, que son los destinatarios de su actuación”. Para un mayor estudio sobre dicha reforma puede verse, SUAY RINCÓN, José y Otros, *La Ley 4/1999 de procedimiento administrativo. Reforma de la Ley 30/1992*, Ed. Colex, Madrid, 2000.

señala GARCÍA-PABLOS, “no convence la falta de una mención expresa y terminante a la exigencia de culpabilidad”¹¹⁹. Para el segundo de estos principios, sí que se tiene en cuenta, pero como se ha mencionado, no de manera satisfactoria. La Ley reitera que las Administraciones públicas no pueden imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad (artículo 131). También señala que “en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: a) La existencia de intencionalidad o reiteración; b) La naturaleza de los perjuicios causados; c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme” (artículo 131.3). Además, tampoco se hace la delimitación de la sanción pecuniaria de la pérdida de los beneficios ilícitos obtenidos por el infractor, sino que solamente se limita a disponer que “el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas” (artículo 131.2)¹²⁰.

1.2. Teoría general sobre la delimitación del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador

Debemos recordar que tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo son considerados como “medios de control social”¹²¹, ya que tienden a prevenir conductas

¹¹⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p. 111.

¹²⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al...*, ob. cit., p. p 110-111; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p. 62.

¹²¹ “Toda sociedad necesita un sistema de control para asegurar su estabilidad y supervivencia; un sistema de normas y sanciones que trace modelos de conducta a sus miembros y castigue aquellos comportamientos que pongan en peligro al propio grupo. Sólo un eficaz sistema de control social garantiza la conformidad del individuo y su sometimiento a las normas de la convivencia (disciplina social), dirigiendo satisfactoriamente los procesos de socialización” (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p. 44) En este sentido, también véase: HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p.p 113 y ss.

nocivas para la convivencia en sociedad, aunque a diferencia del Derecho administrativo, el ámbito penal se caracteriza por castigar con sanciones más severas, atendiendo a conductas de mayor gravedad¹²².

El problema de la delimitación del Derecho penal y el Derecho administrativo se verá centrado en los ilícitos que prevén estas dos ramas jurídicas. Debemos decir que las dificultades para poder diferenciar los ilícitos penales de otros injustos son algo común,

¹²² MUÑOZ CONDE hace referencia a la “motivación” para el entendimiento del control social: “para conseguir la protección de los bienes jurídicos que la norma penal persigue, se desencadenan en los individuos determinados procesos psicológicos que les inducen a respetar dichos bienes jurídicos. Estos mecanismos psicológicos no se presentan aislados, sino formando parte de un complejo proceso llamado motivación [...] el Derecho, y el Derecho penal como parte de ese Derecho, ejerce un fuerte influjo en la motivación humana; pues, como elementos pertenecientes al mundo circundante del individuo son interiorizados o internalizados por él y cooperan en la formación de su conciencia, del superyo [...] la función motivadora de la norma penal sólo puede comprenderse situando el sistema jurídicopenal en un contexto mucho más amplio de control social, es decir, de disciplinamiento del comportamiento humano en sociedad” (MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control...*, ob. cit., p.p. 31-36). Aunque cabe señalar que quien comenzó a desarrollar la teoría de la “motivación” en España fue GIMBERNAT ORDEIG: desde el punto de vista psicológico el Derecho penal tiene en cuenta dos aspectos, el primero se refiere a la distinción psiquiátrica de los perturbados mentales y el resto de los ciudadanos “normales”. El segundo aspecto se refiere a que los “normales” usualmente responden al estímulo que crea el castigo, y el loco responde de forma más insensible. Además, sostiene que “podría especularse con la renuncia al castigo también en referencia a aquellas personas «normales» a quienes el mal amenazado no va a suponer ningún estímulo inhibitorio. Pero este procedimiento no es viable por dos razones. La primer razón, porque con los conocimientos de que actualmente disponemos no es posible determinar con exactitud quiénes, de entre los normales, son motivables por la pena y quiénes no; ante esta situación el Derecho penal debe partir del presupuesto de que todos los enajenados son accesibles al estímulo de la pena. La segunda razón [...] es que entre los «imputables» se da un proceso de identificación: todos somos iguales y, por consiguiente, si a ese que ha hurtado —y que es tan «normal» como yo— no le castigan, es posible que lo mismo que han encontrado en él encuentren en mí y que tampoco me castiguen si delinco [...] Por la escasa o nula «motivabilidad» del «inimputable», la pena no supone para él, *ex ante*, un factor inhibitorio serio; y, *ex post*, una vez ya cometido el delito, el método más adecuado para su readaptación social es, no el de la pena, sino el de del tratamiento médico” (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 175-177). Por su parte, MIR PUIG considera que “para la responsabilidad penal no basta cualquier posibilidad de acceder a la norma, sino que dicho acceso tenga lugar en condiciones de normalidad motivacional. Las causas de inimputación, generalmente no llegan a excluir toda posibilidad de ser motivado por la norma, sino que acostumbran a excluir dicha normalidad[...] el inimputable es en realidad un sujeto no motivable mediante normas[...] la experiencia demuestra que la mayoría de inimputables no delinquen —en especial piénsese en los menores de edad—, lo que puede considerarse prueba de que sí hacen mella en ellos las normas jurídicas a través de su interiorización —aunque no sea mediante el conocimiento directo de la ley, lo que desde luego tampoco suele suceder, ni es necesario, por lo que respecta a los imputables—. Acaso no sea, pues, exacto que los inimputables no sean motivables normativamente [...] Todo ello aconseja distinguir entre aquellas condiciones sin las cuales el sujeto no puede ser en absoluto motivado por la norma, y las que sólo determinan una anormalidad motivacional” (MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p.p. 543-546).

pero la pena que establece el Ordenamiento penal se puede distinguir de las sanciones similares debido a que posee como característica necesaria el delito, y además de ello, esta debe ser aplicada por jueces independientes en un proceso (artículo 3.1 del Código penal y artículo 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)¹²³. No obstante, a pesar de dicha distinción formal, el Derecho penal y el Derecho administrativo se han caracterizado por llevar una relación complicada, existiendo grandes dificultades para distinguir un ilícito de otro.

En efecto, para considerar la existencia de un ilícito penal (delito o falta) o administrativo (infracción administrativa), debe existir una conducta contraria a Derecho, siendo este el presupuesto imprescindible y conllevando dicha acción una sanción, un castigo. El binomio ilícito-sanción, es un compuesto esencial. Sin ilícito, no hay sanción y viceversa. Dicha propiedad, asegura SUAY RINCÓN, “alejará las sanciones administrativas de los demás actos administrativos, pero, por otra parte las va a aproximar a las penales”¹²⁴.

Así pues, el interés por diferenciar el Derecho penal y el Derecho administrativo lleva mucho tiempo dentro de la doctrina jurídica, y en este sentido conviene aludir a como han sido contemplados los ilícitos en diferentes épocas. En el Estado moderno¹²⁵ se considera a la pena como un monopolio del Estado, y su función estará supeditada a las tareas que se le asignen al Estado. Siguiendo el criterio del Estado de base teocrática, la pena se encontraba fundamentada en la religión y por ende, se concebía al delito como una rebelión en contra del orden establecido por Dios¹²⁶. Dentro del Estado absoluto¹²⁷, la pena era una herramienta ilimitada para someter a los súbditos; se trataba de la época del “terror penal”, debido a la atribución de prevención general sin límites

¹²³ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p. 50.

¹²⁴ SUAY RINCÓN, José, *Sanciones administrativas...*, ob. cit., p.56; también, SILVA FORNÉ, Diego, “Posibles obstáculos para la aplicación...”, ob. cit., p. 176.

¹²⁵ El Estado moderno surgió entre los Siglos XIV y XV.

¹²⁶ Dentro del Estado de base teocrática (Siglos XVI XVII), las penas eran producto de la exigencia de Justicia, la cual provenía de un castigo divino; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p. 104.

¹²⁷ Periodo de los Siglos XV y XVIII, época en la cual una de sus características es la famosa frase de Luis XIV, “El Estado soy yo, *L’etat c’est moi*”.

que se le otorgó a la pena¹²⁸. Durante la Ilustración¹²⁹, aparece el concepto material de la pena, apareciendo ésta mediante la separación de la religión, lo moral y el Derecho¹³⁰.

Cabe resaltar que del Estado absoluto aparecería el aparato estatal del despotismo ilustrado¹³¹, en donde era inimaginable la separación del Derecho penal y el Derecho administrativo, pues el Estado policía era lo que prevalecía, siendo los tribunales y las Autoridades administrativas inseparables, por lo que no fue hasta la época del Estado liberal¹³² en la que se empezó a desarrollar dicha distinción¹³³. Y es que a partir del surgimiento del liberalismo, sometiendo el poder al Derecho, y con la aparición de la división de poderes, se comienza a imponer el “Estado de Derecho”, buscando antes la limitación jurídica de la potestad punitiva que la prevención de delitos, considerando que todas las personas son iguales ante la Ley, sin privilegios ni distinciones¹³⁴. En efecto, en el liberalismo es cuando surge con auge la idea de la necesidad de controlar, frenar y dividir poderes, y así, según SCHMITT, el sentido y finalidad de la Constitución liberal es, “en primera línea, no la potencia y brillo del Estado, no la *gloire*, según la división de MONTESQUIEU..., sino la *liberté*, protección de los ciudadanos contra el abuso del poder público”¹³⁵. En este contexto, el Derecho penal se

¹²⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 94 .

¹²⁹ El periodo de la Ilustración puede ubicarse a finales del Siglo XVII (1601-1700), hasta el inicio de la Revolución francesa (1789), aunque en algunos países se prolongo hasta principios del Siglo XIX (1800).

¹³⁰ Cfr. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p 49.

¹³¹ Es un concepto político que nace en el Siglo XVIII, mezclando ideas de la Ilustración con las monarquías absolutas. Teniendo como lema “Todo para el pueblo, pero sin el pueblo”.

¹³² Este sistema político fue implantado a finales del Siglo XVIII y principios del Siglo XIX.

¹³³ Cfr. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p. 50.

¹³⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 94; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 50-51.

¹³⁵ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Ed. Alianza, Madrid, 1982, p. 138. BLANCO VALDÉS agrega que “no es por ello de extrañar que cuando el movimiento revolucionario liberal procede a definir materialmente a la Constitución, como nuevo fenómeno jurídico y político aportado por la contemporaneidad, lo haga afirmando rotundamente que toda sociedad donde la garantía de los derechos no está asegurada ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución. Desde el principio el concepto de Constitución aparecerá, pues, vinculado a la afirmación de la separación de los poderes del Estado” (BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución*, Ed. Alianza, Madrid, 1998, p.p. 29-30); MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes...*, ob. cit., II, 2, p. 13; el pensador político MONTESQUIEU es el más

convirtió en un importante eje del nuevo orden jurídico, ya que asoció el ejercicio del *ius puniendi* al principio de legalidad de los delitos y las penas, y fue cuando la delimitación entre el ilícito penal e ilícito administrativo se hizo inevitable. Cabe resaltar que el pensador político francés MONTESQUIEU abrió el debate sobre la potestad sancionadora de la administración: “En el ejercicio de la policía, quien castiga es el magistrado, más que la ley; en los juicios de los delitos, quien castiga es más la ley que el magistrado”¹³⁶. Dicho debate se mantiene acerca del fundamento de la potestad administrativa sancionadora y de los criterios para su distinción frente a la potestad punitiva ordinaria encomendada a los Tribunales de Justicia¹³⁷. La controversia que ha desatado la conexión de ambos sectores tomó un impulso serio dentro del idealismo alemán, el cual desarrolló la búsqueda de una fundamentación material a la distinción

representativo de la división de poderes, pero ya había sido considerada por ARISTOTELES, y más tarde por J. LOCKE. Este último estableció su división de poderes en tres, el legislativo que es quien crea el Derecho, el ejecutivo, el cual se encarga de dar el respaldo de la fuerza a las decisiones del legislativo, y el federativo, encargándose de dirigir las relaciones internacionales (Cfr. SABINE, George, *Historia de la teoría política*, Ed. Fondo de cultura económica, México, 1984, p. 394). Según J. LOCKE, la naturaleza de la división de poderes atiende a “la fragilidad de los hombres (los cuales tienden a acumular poder), éstos podrían ser tentados a tener en sus manos el poder de hacer leyes y el de ejecutarlas para así eximirse de obedecer las leyes que ellos mismos hacen; y como podrían también tener tentaciones de hacer las leyes a su medida y de ejecutarlas para beneficio propio, llegando así a crearse intereses distintos de los del resto de la comunidad y contrarios a los fines de la sociedad y del gobierno, es práctica común en los Estados bien organizados (donde el bien de todos es debidamente considerado) que el poder legislativo sea puesto en manos de diversas personas, las cuales, en formal asamblea, tiene cada una, o en unión con las otras, el poder de hacer leyes; y una vez que las leyes han sido hechas, la asamblea vuelve a disolverse, y sus miembros son entonces simples súbditos, sujetos a las leyes que ellos mismo han hecho; lo cual es un nuevo y seguro modo de garantizar que tengan cuidado de hacerlas con mira puesta en el bien público” (LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el Gobierno civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 2006, p.p. 143-144); para algunos autores como el italiano N. BOBBIO, el poder judicial se contemplaba como parte del poder legislativo (BOBBIO, Norberto, *Locke e il diritto naturale*, Ed. Giappichelli, Torino, 1963, p. 267). Otros autores consideran que el poder judicial se consideraba parte del ejecutivo (TUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado*, Ed. Alianza, Madrid, 1982, p. 196). Por su parte, el pensador francés manifestó que el Estado estaba compuesto por poderes, el legislativo que crea la Ley, el ejecutivo que está encargado de las relaciones internacionales y de las cuestiones internas, y el judicial que expone el Derecho (Cfr. AGUILAR RIVERA, José Antonio, *En pos de la quimera. Reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico*, Ed. Fondo de cultura económica, México, 2000, p. 98).

¹³⁶ “Dans l’exercice de la police c’est le magistrat plutôt que la loi qui punit, dans le jugement des crimes c’est plutôt la loi que le magistrat qui punit”. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes...*, ob. cit., XXVI, 24, p. 338.

¹³⁷ Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, y Otros, *Tratado de Derecho...*, Vol. II, 12ª ed., ob. cit., p. 193.

entre ilícito penal e ilícito civil¹³⁸, y adquirió todavía mayor importancia a finales del siglo XIX con la llegada del liberalismo social¹³⁹.

Hasta el día de hoy, la diferenciación entre lo injusto penal e injusto administrativo sigue siendo debatida por los estudiosos del Derecho, y es que la distinción no ha sido sencilla, sino todo lo contrario, por lo que los juristas han planteado varias posturas o teorías, clasificándolas comúnmente en tres grupos: cualitativas o diferenciadoras, cuantitativas o unitarias y eclécticas o mixtas.

1.2.1. Teorías cualitativas o diferenciadoras

El criterio cualitativo sobre la diferenciación de los ilícitos fue abordado mediante varias fundamentaciones y valoraciones, y contó con gran apoyo doctrinal durante muchos años, aunque ahora se podría considerar abandonado, pero no extinto. La controversia desatada por la distinción tuvo su formulación mediante estudios como el de FEUERBACH¹⁴⁰ (quien estableció el primer intento doctrinal serio de elaborar una diferenciación cualitativa), sosteniendo que existía una distinción material entre ilícito penal e ilícito administrativo, considerando al ilícito administrativo como “ilícito de policía” y al ilícito penal como “genuino” o “natural”, y por ello, estimando que dichos ilícitos deberían de ser regulados por distintos códigos¹⁴¹. Dicho autor redactó el Código

¹³⁸ Periodo que abarcó finales del Siglo XVIII y principios del Siglo XIX. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p. 96.

¹³⁹ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 50-51.

¹⁴⁰ PAUL ANSELM von FEUERBACH (1775 – 1833), es considerado el “padre de la ciencia moderna del Derecho penal”. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von, *Tratado de Derecho penal...*, ob. cit.; MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Libro de estudio...*, ob. cit., p. 41. Antes de FEUERBACH existieron varios juristas que trataron de diferenciar los ilícitos, como MEISTER, MALBLANK, QUISTORP, VON GLOBIG, HUSTER, STÜBEL, GROLMANN, LOTZ, CUCUMUS, entre otros. Para consultar sus posturas, véase MATTES, Heinz, *Problemas de Derecho penal administrativo. Historia y Derecho comparado*, Trad. RODRÍGUEZ DEVESA, José Ma., Editoriales de Derecho reunidas, Jaén, 1979, p.p.145-159.

¹⁴¹ MATTES, Heinz, *Problemas de Derecho penal administrativo...*, ob. cit., p.p.144-146; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p. 97. Según BARATTA, “el ilícito penal o criminal vulneraba tanto el «Derecho Positivo» cuanto el «Derecho Natural», en tanto que el administrativo únicamente suponía lesión a la primera de las enunciadas ramas jurídicas ya que, en definitiva, la delimitación de la antijuridicidad administrativa no era sino una creación artificial del legislador”. Además, en este sentido,

penal bávaro, y en su Proyecto definió las contravenciones de policía¹⁴², conceptuando a los ilícitos de policía como “acciones u omisiones que en verdad no lesionan en sí y por sí mismos derechos del Estado o de un súbdito, y, sin embargo, son mandadas o prohibidas bajo pena a causa del peligro para la seguridad y el orden jurídico (En la formulación del artículo 2, párrafo 4 del Código penal bávaro de 16 de mayo de 1813)”¹⁴³; en otras palabras, el ilícito penal lesiona un derecho del Estado o de los ciudadanos, y por su parte, el “ilícito de policía” no lesiona ningún derecho, de modo que este solamente representa un peligro para el ordenamiento jurídico y la seguridad, pero sin constituir ningún injusto real¹⁴⁴. Por ello, no se les considera como antijurídicas, sino que su incumplimiento se vería reprimido por tratarse de acciones dirigidas en contra el propio Estado¹⁴⁵.

Pero fue GOLDSCHMIDT¹⁴⁶ quien profundizó en la distinción de los ilícitos, haciendo una diferenciación entre Derecho y Administración. Según dicho tratadista, el

MAYER arremete argumentando que “el Derecho es un producto cultural y no un producto natural: a todo orden jurídico estatal precede un complejo prejurídico de normas de cultura, que sólo por el reconocimiento estatal que se realiza en la legislación penal se convierten en normas jurídicas” (Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, José/UITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *El procedimiento administrativo sancionador*, Vol I, 4ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 39).

¹⁴² “En tanto en cuanto el Estado está autorizado a realizar mediatamente sus fines mediante leyes de policía, y por ellas prohibir acciones que no son en sí antijurídicas, existen derechos especiales del Estado a la omisión de estas acciones particularmente prohibidas, que originariamente eran jurídicamente posibles a los súbditos. Si se da el derecho del Estado a la obediencia frente a una determinada ley de policía sancionada con penas, entonces surge el concepto del delito, de la contravención de policía”. Véase MATTES, Heinz, *Problemas de Derecho penal administrativo...*, ob. cit., p. 146.

¹⁴³ FEUERBACH consideró en sus contravenciones de policía a la usura de abuso de monopolios, ilícito encarecimiento de bienes necesarios para la vida (dardanariato), bancarota, incesto, estupro, sodomía, prostitución, concubinato, celestinaje, herejía, fundación de sectas, suicidio, automutilación, entre otras. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von, *Tratado de Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 279 y ss; véase, también, MATTES, Heinz, *Problemas de Derecho penal administrativo...*, ob. cit., p. p. 147-148.

¹⁴⁴ Véase GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p. 97. Acciones posiblemente dañosas → Delitos de peligro abstracto → Injusto policial (MATTES, Heinz, *Problemas de Derecho penal administrativo...*, ob. cit., p.p. 145 y 148).

¹⁴⁵ Véase GARBERÍ LLOBREGAT, José/UITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *El procedimiento administrativo...*, Vol. I, 4ª ed., ob. cit., p. 39.

¹⁴⁶ JAMES GOLDSCHMIDT nació en 1874, en Berlín, Alemania, estudió en la Universidad de Heidelberg y más tarde en la de Humbolt de Berlín, siendo discípulo de von Liszt. En 1919 fue profesor esta Universidad, y dos veces Decano de la Facultad de Derecho. En 1938 emigro al

Derecho es el encargado de proteger al individuo, asegurándole su libertad y su patrimonio, de modo que su violación constituiría un delito criminal, mientras que la Administración promueve el bienestar público y su afectación supondría una infracción administrativa; con esta diferenciación se llega a una duplicidad en la que el sujeto sería considerado como individuo y además como asociado¹⁴⁷. Dentro del Derecho penal aparece el hombre como individuo, provisto de voluntad autónoma, y en el Derecho administrativo es contemplado como integrante de la sociedad, estando al servicio de los fines del desarrollo de la sociedad, por lo que el delito “representa la rebelión de conducta contra el orden jurídico, la infracción administrativa integra la mera dejación de promover la actitud positiva, jurídicamente exigida, encaminada a conseguir el bien común”¹⁴⁸. Partiendo de este planteamiento, el Derecho criminal supone la lesión de los bienes jurídicos, y en el caso del ilícito administrativo la infracción es definida por el “deber de colaboración” que su condición de asociado reclama, pero no implica derechos, ni bienes jurídicos¹⁴⁹. Por ello, la delimitación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo conduce al nacimiento de una rama nueva e independiente, el “Derecho penal administrativo”, separándolo del “Derecho penal criminal o judicial”¹⁵⁰. El Derecho penal administrativo debe ser considerado como un “Derecho engendrado por la Administración”, y las disposiciones emanadas de ella como “pseudoderecho”, de modo que su incumplimiento no supone que el delito administrativo sea un injusto real. Por tanto, de dicho Derecho no puede emanar ningún injusto, ya que el ilícito administrativo surge sólo como injusto jurídico (administrativo) a causa de su lesión mediata de la sanción jurídico estatal del poder penal de la administración; como acción punible sigue siendo una infracción administrativa. A consecuencia de su vestidura jurídica externa (formal) el Derecho penal administrativo

Reino Unido, debido a la persecución Nazi, y después se va a Uruguay, donde muere en 1940. Para consultar su vida y obra, GOLDSCHMIDT, James, *Derecho, Derecho penal y proceso. Vol. I. Problemas fundamentales del Derecho/ Vol. II. Derecho procesal civil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.

¹⁴⁷ Véase GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p. 97.

¹⁴⁸ Véase GARBERÍ LLOBREGAT, José/BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *El procedimiento administrativo...*, Vol. I, 4ª ed., ob. cit., p. 40.

¹⁴⁹ Véase GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p. 97.

¹⁵⁰ Véase CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p. 51.

aparece como “*sit venia verbo*, un bastardo del Derecho y de la administración”, pero por su esencia sigue siendo Administración”¹⁵¹. Bajo estos planteamientos, GOLDSCHMIDT trata de definir los criterios para saber cuando un ilícito debe ser castigado mediante la vía penal o administrativa, estableciendo que “el delito comprende junto al elemento formal de la antijuridicidad, uno material, el menoscabo de un bien jurídico; el ilícito administrativo encierra solamente un elemento formal, la antijuridicidad administrativa, o más concretamente aún, el quebrantamiento de una disposición administrativa”¹⁵².

Posteriormente, WOLF le otorgó la fundamentación filosófico-jurídica a la tesis de GOLDSCHMIDT, mediante la filosofía de los valores, separando el valor de la justicia y el valor del bienestar¹⁵³, así como también MATTES, quien continuó con el debate sobre el “Derecho penal administrativo”, impulsando el análisis del dualismo estructurado entre el individuo y sociedad¹⁵⁴.

Asimismo, las argumentaciones que proyectaban a los delitos del “Derecho penal criminal” como delitos “genuinos”, “per se”, “de Derecho Natural”, “previamente dados”, o “metapositivos”, mientras que los delitos administrativos serían “delitos artificiales”, “creados sólo por la voluntad del Estado”, también fueron consideradas por varios estudiosos del Derecho, como WOLF, LANGE, BOCKELMANN y MICHELS, entre otros¹⁵⁵.

Sin embargo, según WELZEL, es imposible hablar de “delitos naturales” o de “Derecho Natural”, debido a que la historicidad es tan inseparable de la esencia del Derecho como de la esencia del hombre¹⁵⁶. LANGE responde a la objeción hecha por

¹⁵¹ GOLDSCHMIDT, James, *Derecho, Derecho penal...*, Vol. I, ob. cit., p.p. 293-294.

¹⁵² GOLDSCHMIDT, James, *Derecho, Derecho penal...*, Vol. I, ob. cit., p. 294.

¹⁵³ Cfr. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p. 51; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 65.

¹⁵⁴ MATTES, Heinz, *Problemas de Derecho penal administrativo...*, ob. cit., p. 185.

¹⁵⁵ Véase CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p. 52.

¹⁵⁶ Véanse MATTES, Heinz, *Problemas de Derecho penal administrativo...*, ob. cit., p.p 144 y ss; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p. 53.

WELZEL, aclarando que dicha separación de delitos “naturales” y “artificiales” carece de concepción iusnaturalista, ya que según él, los delitos “naturales” o del Derecho penal criminal serán aquellos que dependiendo de cada etapa histórica, las acciones delictivas sean consideradas ético-socialmente relevantes o con importancia cultural. También afirma que el delito administrativo siempre será una acción irrelevante para lo ético-social, además de culturalmente indiferente, idea compartida por estudiosos como SCHMIDT, MICHELS y MEZGER-BLEI¹⁵⁷. Dichos juristas aseguran que el ilícito administrativo sería puramente formal, por lo que se agotaría en el desacato de la legislación establecida positivamente, y estaría constituido por una lesión hacia los intereses de la Administración y no por una lesión o peligro concreto de un bien jurídico. Esta diferenciación cualitativa entre ilícito penal y administrativo repercutiría en la función y estructura dogmática de la sanción administrativa y de la pena criminal, por lo que la sanción administrativa solo podría solicitarle al indisciplinado su obediencia, además de recordarle sus deberes¹⁵⁸. En este sentido, SCHMIDT se basa en las ideas de GOLDSCHMIDT, distinguiendo a los ilícitos mediante la argumentación de que son distintos por la naturaleza de las cosas¹⁵⁹. Para ello, fija el criterio material del ilícito de los delitos judiciales en el daño, concreto y mensurable deducido de un bien jurídico, mientras que el ilícito administrativo no actúa más allá de la relación que establece el deber de obediencia del ciudadano del Estado con los órganos administrativos; en otras palabras, no existe un daño concreto, en cuanto los intereses administrativos no son violentados¹⁶⁰. Por ello, en su teoría de las “infracciones del orden” sostiene que a diferencia de los delitos, el valor social “no va más allá de la violación de los intereses administrativos”, únicamente son infracciones del orden¹⁶¹. La “pena de orden” no puede ser considerada como una pena: carece de referencia a la idea

¹⁵⁷ Véase CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p. 53.

¹⁵⁸ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p. 54.

¹⁵⁹ Véase MATTES, Heinz, *Problemas de Derecho penal administrativo...*, ob. cit., p.p. 229-230.

¹⁶⁰ Véase MATTES, Heinz, *Problemas de Derecho penal administrativo...*, ob. cit., p. 230.

¹⁶¹ Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 54; MATTES, Heinz, *Problemas de Derecho penal administrativo...*, ob. cit., p.232; SUAY RINCÓN, José, *Sanciones administrativas...*, ob. cit., p.95.

de expiación. Se trata de una reacción por parte de la autoridad hacia una desobediencia administrativa de un órgano auxiliar que carece de toda *phatos* moral¹⁶².

Por su parte, el italiano BRICOLA también mantenía una distinción entre el ilícito penal y el ilícito administrativo basándose en la antijuridicidad, definiendo al injusto penal como necesariamente lesivo y al injusto administrativo (de policía) como ilícito formal o de peligro presunto¹⁶³.

Finalmente, conviene señalar que existen autores que, alejándose de la antijuridicidad, basan la distinción de los ilícitos en la culpabilidad, no así en el injusto, de modo que el principio de culpabilidad solo tendría efectos en las infracciones criminales, y no en las administrativas¹⁶⁴. Sin embargo, el requerimiento de culpabilidad debe ser común a toda suerte de infracciones que conlleven resultados penales, siendo inadecuado que se aplique sanción a un sujeto “por una conducta de la que no responde al no mediar causación voluntaria”¹⁶⁵. Así, SCHMIDT consideraba que el daño administrativo carecía de referencia hacía la persona individual o a una persona colectiva, afectando sólo a la relación en la que se encontraba, como ciudadano del Estado, forzado a obedecer a los órganos gubernativos. De esta manera, afirmaba que la culpabilidad en la esfera administrativa se agotaba “en la deficiencia de la voluntad dirigida a desobedecer a la Administración, pese a conocer el mandato administrativo opuesto a ella”¹⁶⁶.

¹⁶² Véase SUAY RINCÓN, José, *Sanciones administrativas...*, ob. cit., p.95.

¹⁶³ Sobre el ilícito penal como ilícito de contenido necesariamente lesivo (BRICOLA, Franco, *Scritti di Diritto penale. Vol. I. Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*, Ed. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1997, p.p. 731 y s.s.); cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 55.

¹⁶⁴ Véase COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 55.

¹⁶⁵ Véase GARBERÍ LLOBREGAT, José/BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *El procedimiento administrativo...*, Vol. I, 4ª ed., ob. cit., p. 40.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

1.2.2. Teorías cuantitativas o unitarias

Otra postura sobre la diferenciación de los ilícitos es la llamada “teoría unitaria o cuantitativa”, que es la que, actualmente, tiene más aceptación dentro de la doctrina jurídica española¹⁶⁷. Aunque autores como GARBERÍ LLOBREGAT y BUITRÓN RAMÍREZ mantienen objeciones sobre esta teoría, argumentando que “su mayor punto de apoyo, la gravedad de la ofensa o de la sanción, es lo suficientemente ambiguo como para no conllevar las necesarias dosis de certeza que debe presidir la aplicación del Derecho sancionador”¹⁶⁸.

En la teoría cuantitativa se asegura que los ilícitos administrativos y penales tienen una identidad sustancial¹⁶⁹. En este sentido, la potestad sancionadora de la Administración no sólo debe ser contemplada como una función administrativa más, ya que esta conforma la potestad punitiva del Estado, por lo que las diferencias deben ser reconocidas en el orden formal, teniendo en cuenta la autoridad que la aplica, el procedimiento utilizado y la sanción¹⁷⁰. Sin embargo, autores como HUERGO LORA

¹⁶⁷ En este sentido, “no existen criterios materiales que permitan diferenciar a priori y con carácter general el ilícito penal del administrativo. Sólo cabe trazar la distinción con la ayuda del criterio cuantitativo de la mayor (ilícito penal) o menor (ilícito administrativo) gravedad de la infracción” (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p. 103); COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 57; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador ¿Hacia una “administrativización” del Derecho penal o una “penalización” del Derecho administrativo sancionador?”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, Ed. Ediciones Universidad Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001, p.1425; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Vol.II, 12ª ed.,..., ob. cit., p. 171; SUAY RINCÓN, José y Otros, *La Ley 4/1999 de procedimiento...*, ob. cit., p. 34, entre otros.

¹⁶⁸ Los mismos autores añaden que “el propio TEDH, en el asunto ÖZTÜRK, ha podido advertir que «no hay ningún motivo para suponer que la infracción penal, a tenor del CEDH, implique necesariamente determinada gravedad» (nº53), y lo que para un determinado Estado es «grave», para otro puede no serlo por lo que, aparte de ambiguo, el criterio se muestra especialmente relativo”. GARBERÍ LLOBREGAT, José/BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *El procedimiento administrativo...*, Vol. I, 4ª ed., ob. cit., p. 42.

¹⁶⁹ CASTILLO BLANCO, Federico A., *Función pública y poder...*, ob. cit., p. 45. Se mantiene una aceptación general de la identidad ontológica, afirmación que persigue la exigencia a que se aplique a ambos mecanismos sancionadores “el mismo régimen jurídico o, al menos, el mínimo de garantías que la Constitución impone para el Derecho penal” (HUERGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p. 30).

¹⁷⁰ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “La unidad del Derecho sancionador”, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, Tomo IV, Ed. Cívitas, Madrid, 2002, p. 6689. De

mantienen que existe una deficiencia en el Ordenamiento jurídico, además de una laguna para la protección jurídica de los intereses públicos y privados, debido a “la ausencia de una distinción material entre el campo sancionador penal y el administrativo... lo que supone una llamativa paradoja en una construcción doctrinal, la del *ius puniendi*”¹⁷¹.

Este criterio se basa en la gravedad de las acciones ilegales y sus respectivos castigos. Se considera que los ilícitos penales y los ilícitos administrativos son cualitativamente iguales, debido a que poseen una naturaleza jurídica idéntica, y su diferenciación se basa en la graduación de importancia. De acuerdo con este criterio, podemos entender que el Derecho penal se encargará de atender las cuestiones más graves, y el Derecho administrativo estudiará las acciones que se consideren cuantitativamente menores¹⁷². Se puede afirmar que la punibilidad de los actos es lo

acuerdo con la autoridad a la que le corresponde imponer la consecuencia jurídica a causa de un ilícito, RODRÍGUEZ MOURULLO considera que “la sanción será administrativa si se impone en virtud de las facultades correctivas y disciplinarias de la Administración (Estado-Administración). Será pena si se impone en virtud del *ius puniendi* que corresponde al Estado-comunidad y se aplica precisamente por los órganos del poder judicial” (RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Cívitas, Madrid, 1978, p. 34).

¹⁷¹ Además, dicho autor sostiene que la tesis de identidad entre los ámbitos sancionadores “resulta desmentida radicalmente por el Ordenamiento jurídico, que atribuye a los poderes público numerosas potestades, algunas con una incidencia extraordinariamente incisiva sobre la esfera de libertad de los ciudadanos, cuya utilización se permite sólo y exclusivamente para la persecución de los delitos (y faltas), pero no, en modo alguno, para la persecución de simples infracciones administrativas”. HUERGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas...*, ob. cit., p. p. 32-33 y 35-36.

¹⁷² TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, *Manual de Derecho disciplinario...*, ob. cit., p. 71. Para autores como NAVARRO CARDOSO, existen casos en los que las sanciones administrativas pueden ser mas severas y temidas que las sanciones penales. Por ejemplo, en los sectores de: costas, seguridad ciudadana, urbanismo, etc., lo que conlleva a una afectación misma del ámbito sancionador debido a que “contraviene el principio de subsidiariedad o de *ultima ratio*, manifestación del principio de proporcionalidad”. Otro de los casos a los que se refiere dicho autor es la multa, en la cual el elemento clave para diferenciar la sanción penal de la sanción administrativa “es la posibilidad de fijarse una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la pena pecuniaria”. Otro de los problemas que presenta la multa es el referente al límite de ésta como sanción administrativa. Se hace necesaria la graduación de las sanciones pecuniarias administrativas y penales “si en algún momento existió... en la actualidad, el problema se ha situado en el paroxismo, al no existir límite alguno”, al no haber una previsión que limite la cuantía (“Código penal anterior, art. 603 limitaba la cuantía, como regla general, a los topes fijados en el Libro III, dedicado a las faltas, dichos topes podían ser superados por leyes especiales que atribuyesen a las autoridades administrativas dicha facultad”), se presenta un resultado en el que la Administración “goza de un poder sancionador equiparable al de los propios jueces”. Dicho autor señala que debe ser “razonable que si un ilícito administrativo conlleva el suficiente contenido de injusto como para merecer una sanción muy grave, dicha

más importante para realizar la distinción, ya que es determinada en función de la gravedad de las acciones punibles; con ello, los ilícitos administrativos mantienen consecuencias más limitadas, ya que sus autores sólo están sometidos a multas de naturaleza pecuniaria, no existiendo razón ni necesidad de criminalizar estas conductas¹⁷³. En definitiva, las diferencias de los ilícitos se deben considerar cuantitativas, debido a que estos son iguales, sólo expresando diferentes grados, por lo que le corresponde a la Ley de cada época la medición de la gravedad de la infracción para penalizarla o no. Además, la finalidad de las sanciones, tanto administrativas como penales, es la prevención y se fundamenta en los mismos principios generales de Derecho¹⁷⁴. Bajo el planteamiento de diferenciación mediante la gravedad, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN consideran el artículo 25.3 de la Constitución española como punto medular para la teoría a cuantitativa, el cual establece que “la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente,

infracción administrativa debe ser elevada a la categoría de delito. Por tanto, una sanción no penal, de la naturaleza que sea, debe tener como límite máximo la sanción penal, cuando ambas confluyan en un mismo sector económico” (NAVARRO CARDOSO, Fernando, *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho penal*, Ed. Colex, Madrid, 2001, p.p. 20-21).

¹⁷³ GARBERÍ LLOBREGAT, José/BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *El procedimiento administrativo...*, Vol. I, 4ª ed., ob. cit., p. 41. Cabe mencionar que para algunos autores el ilícito administrativo puede ser considerado como una «bagatela», debido a su «cantidad de injusto». Lo que puede llevar a “admitir que la materia de los ilícitos administrativos y de los «*strafrechtliche Bagatellunrecht*» es idéntica, existiendo tan sólo una mera diferencia formal según su adscripción a una u otra rama del Derecho. Tal distinto tratamiento no puede ser explicado, obviamente desde posiciones cuantitativas, que suponen, en el fondo, la negación de toda distinción entre las distintas clases de ilícitos. Las tesis cuantitativas se muestran, por ello, insatisfactorias a la hora de valorar en toda su complejidad el tratamiento de los «mínima». El «*Bagatellunrecht*» es una fórmula que nace en Alemania para designar aquellas hipótesis delictivas caracterizadas por su exigüidad («*Gerinfügigkeit*»), en una reconstrucción «gradual» de lo ilícito penal” (GARCÍA ALBERO, Ramón, “La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de los ilícitos”, en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 344); justamente, se debe de evitar la hipertrofia del sistema y de los Tribunales penales, para que estos no se vean obligados a tratar bagatelas (TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, *Manual de Derecho disciplinario...*, ob. cit., p. 71).

¹⁷⁴ “La identidad con el Derecho penal resulta de que la sanción es una defensa del orden social y una corrección del infractor. La tipicidad del Derecho penal, o la atribución para imponerlas a la Jurisdicción o a la Administración, son diferencias accidentales. Las infracciones administrativas son una especie del género delito y por ello el derecho sancionador imita al Derecho Penal, ya que son dos variantes del Derecho del Estado a castigar, pero con medios diferentes. Los principios generales del Derecho Penal son los del Derecho Administrativo Sancionador, especialmente los de procedimiento”. CARRETERO PÉREZ, Adolfo/CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo, *Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 95.

impliquen privación de libertad”, de donde deducen que se debe entender la diferenciación “entre las infracciones de uno y otro orden y sus respectivas sanciones atendiendo a su gravedad”¹⁷⁵. Con ello, el reconocimiento hecho por la Constitución concreta el carácter cuantitativo, mediante la proporcionalidad. Solo los ilícitos más graves son merecedores, a su vez, de las más graves reacciones con que cuenta el Ordenamiento jurídico: las penas, por lo que el Derecho penal solo es justificable cuando en verdad es imprescindible su uso para la tutela de ciertos bienes jurídicos frente a determinadas agresiones graves, y otros medios jurídicos se ven imposibilitados de brindar protección. Por ende, el *ius puniendi* del Estado es la *ultima ratio* y se ve legitimado a causa de las deficiencias de otras ramas jurídicas que tengan poca eficacia en sus medios preventivos y represivos¹⁷⁶. En cualquier caso, resulta claro que debemos observar dos aspectos: el primero, la solución jurídica estatal debe considerarse como el último mecanismo de defensa al cual recurrir para la protección de los bienes jurídicos que se lesionan o ponen en peligro; el segundo, la tutela penal debe ser utilizada para castigar las acciones más dañosas o peligrosas de los bienes jurídicos¹⁷⁷. Asimismo, esta teoría mantiene una visión de los ilícitos en donde no existe una diferenciación material y, además, se asegura que estos tienen la misma estructura lógica¹⁷⁸.

1.2.3. Teorías eclécticas o mixtas

Actualmente, las teorías mixtas cuentan con una aceptación relativa dentro de la doctrina. Una de sus particularidades es admitir, solo en ciertos ámbitos, diferencias cualitativas, como en las infracciones disciplinarias, existiendo un punto en el que la

¹⁷⁵ “Desde el momento en que se veda a la Administración la imposición de las sanciones teóricamente más graves (las consistentes en privación de libertad), parece que se establece, en principio, una diferencia cuantitativa penal e infracción administrativa. Sin embargo, el precepto constitucional es insuficiente, pues, además de las de privación de libertad, existen otras clases de penas graves, respecto de las que la Constitución, expresamente, nada dice”. Véase COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 57.

¹⁷⁶ GARCÍA ALBERO, Ramón, “La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo...”, ob. cit., p. 352.

¹⁷⁷ SILVA FORNÉ, Diego, “Posibles obstáculos para la aplicación...”, ob. cit., p. 182.

¹⁷⁸ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., 55.

diferencia cuantitativa se transforma en cualitativa¹⁷⁹. Su defensor más renombrado es ROXIN que, aunque nunca ofrece una pauta para saber en qué punto se realiza el cambio cualitativo, lo que sí asevera es que estaríamos ante diferencias cualitativas y no mixtas¹⁸⁰.

Su singularidad más llamativa es que se trata de una teoría de la doble sanción, pudiendo existir una dualidad de ilícitos, y su aplicación afecta directamente al principio *non bis in idem* (el cual será objeto de análisis más adelante)¹⁸¹. Este tipo de dualidad sucede en los supuestos de infracciones cometidas por funcionarios públicos, en virtud de una llamada “relación de sujeción especial”. De esta manera, el administrativista español PARADA VÁZQUEZ estima que la particularidad de las sanciones disciplinarias, que la Administración impone a sus funcionarios, se justifica en la relación que tiene el funcionario con la Administración, que se considera de carácter negocial o contractual o de relación estatutaria. A ello, agrega que “es el funcionario quien ha ido al encuentro de ese poder, sometiéndose voluntariamente a una relación jurídica y aceptando todos sus contenidos negociales o reglamentarios”. De este modo, se considera que el poder disciplinario se manifiesta como una reacción al incumplimiento de una relación de servicios, por lo que se impondrá la máxima sanción, la separación del servicio o rescisión de contrato. También dichas sanciones pueden proceder a los contratistas o concesionarios, tratándose estas de relaciones adquiridas

¹⁷⁹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel/SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, 2ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 80. Para SANTANA VEGA, el criterio mixto o ecléctico es el más adecuado cuando se trata de bienes jurídicos-penales individuales, aunque “resulta insuficiente para los bienes jurídico-penales supraindividuales dado el constante intercambio de los mismos entre ambas disciplinas. Con relación a ellos sólo cabe sostener un criterio cuantitativo” (SANTANA VEGA, Dulce María, *La protección penal de los bienes...*, ob. cit., p. 122).

¹⁸⁰ “La delimitación entre delitos y contravenciones ciertamente –como siempre sucede al aplicar el principio de subsidiariedad– queda sometida en un amplio terreno fronterizo al arbitrio del legislador y no obedece a leyes vinculantes en cuanto a contenidos, pero que en el caso de delitos graves en el ámbito nuclear de la delincuencia la punibilidad está absolutamente prefigurada por criterios de contenido. Por ello, respecto de la delimitación por su contenido se debería hablar más bien, no de una consideración cuantitativa, sino de una consideración mixta cualitativo-cuantitativa” (ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 73); GÓMEZ TOMILLO, Manuel/SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 82.

¹⁸¹ GARCÍA ALBERO, Ramón, “La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo...”, ob. cit., p. 357.

voluntariamente, por lo que la sanción privaría el bien jurídico (relación negocial), a causa de un incumplimiento real o supuesto¹⁸². GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ hablan de una distinción entre actividad sancionadora de la Administración dirigida a la tutela de los intereses generales (heterotutela) y actividad sancionadora dirigida a la tutela de los propios intereses (autotutela). Mediante esta distinción, se consideran como heterotutela las sanciones de naturaleza penal, y autotutela las sanciones de naturaleza administrativa¹⁸³.

1.2.4. La moderna teoría del daño cumulativo

Junto con los criterios previamente descritos, existe una posición relativamente reciente dentro de la doctrina: la del llamado Derecho del daño cumulativo o Derecho del daño derivado de la repetición.

Esta postura presenta a un nuevo protagonista, al “actor colectivo”, estableciendo como potencial destructor no sólo al sujeto individual, sino a la sociedad en conjunto. Esto proyecta la “responsabilidad colectiva”, donde se busca responsabilizar por los “grandes riesgos globales”, reorientando a acciones mínimas, ya que estos se producen a causa de la acumulación de actos individuales¹⁸⁴. Por ello, mantiene una tendencia hacia lo global, sosteniendo que lo determinante es una visión macroeconómica o macrosocial (grandes cifras, el problema estructural o sistemático), y no así la imputabilidad personal a un sujeto por un riesgo concreto. Como apunta FEIJOO SÁNCHEZ, “se trata de un método de imputación estadístico para problemas macrosociales o sistemáticos

¹⁸² Estas justificaciones “no sirven para que la Administración castigue a quienes caminan por la vida como simples súbditos sin haber aceptado voluntariamente una relación especial de poder con sus inevitables cargas, pero también con todas sus indudables ventajas, prerrogativas y derechos”. PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, “El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal”, En *Revista de Administración Pública*, Nº 67, CEPC, Madrid, 1972, p.p. 46-47.

¹⁸³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Vol. II, Ed. Cívitas, Madrid, 1986, p.p. 147 y 148.

¹⁸⁴ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “La protección del futuro y los daños cumulativos”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 4, 2002, p.8; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La protección penal de las aguas, como elemento ecológico, en Alemania”, en *Actualidad penal*, 1994-1, p. 296.

que intenta evitar la creación de riesgos difusos que no tienen una única fuente”¹⁸⁵. Se considera fundamentalmente al Derecho administrativo sancionador como Derecho de daño cumulativo o del daño derivado de la repetición, el cual se apoya en la valoración de la trascendencia global de un tipo de conductas, y no de un hecho específico. La pregunta clave sería la siguiente: ¿Qué pasaría si todos los intervinientes en este sector de actividad realizaran la conducta X cuando existe, además, una seria probabilidad de que muchos de ellos lo hagan, de ser estimada ilícita?¹⁸⁶.

SILVA SÁNCHEZ, en su obra *“La expansión del Derecho penal”*, pone de manifiesto varios ejemplos de lo que sería el daño cumulativo: materias de tráfico, tributaria, estupefacientes, blanqueo de capitales y medioambiente¹⁸⁷. Esta última es la más interesante a los efectos del presente trabajo, por lo que la tomaremos como referencia. “Los vertidos de una empresa –de una sola- por mucho que superen ampliamente los grados de concentración de metales pesados establecidos en la normativa administrativa, no tienen por qué poner en peligro –por ellos solos- el equilibrio de los sistemas naturales. Si sólo se tratara de los vertidos de una empresa, no existiría problema medioambiental. El problema se deriva de la generalización de

¹⁸⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Sobre la “administrativización” del derecho penal...”, ob. cit., p.p. 130-131.

¹⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Ed, Edisofer, 2011, p. 137-138.

¹⁸⁷ Cabe señalar que autores como FERNÁNDEZ ILLANES aterrizan los daños acumulativos en el Derecho internacional público, partiendo desde la “Seguridad Colectiva”, y se plantea como un mecanismo de acción conjunta, en donde todos los Estados que lo componen se implican en la defensa en contra de cualquier agresión que dañe a cualquiera de ellos. Con ello, se establece como bien jurídico esencial la paz internacional. Después de la Segunda Guerra Mundial, con la creación de las Naciones Unidas en 1945, mediante su Carta, la cual debe ser observada como la “base fundamental sobre la que se asienta el Derecho Internacional moderno”, se establece la “Seguridad Colectiva”. A partir de ello, sostiene dicho autor, la seguridad de los Estados “puede ser individual, mediante la legítima defensa; o bien colectiva, sea mediante acuerdos de defensa mutua (ejemplo: la OTAN), o en que la Comunidad Internacional, asociada en la Organización, asume la defensa y protección del o de los Estados amenazados por el riesgo, futuro o potencial, así como actual e inminente, de una agresión interna o externa, o ante una acción bélica, por uno o más Estados, contra uno o más países. Su objetivo es la seguridad de todos, estén o no directamente involucrados en dicha agresión. El enemigo, igualmente también es común, ante cualquier amenaza, quebrantamiento o agresión de la paz como bien jurídico esencial. Por lo tanto, estamos frente a una evolución significativa, tanto del bien protegido como de la sanción aplicable”. FERNÁNDEZ ILLANES, Samuel, “Las acciones preventivas por daños cumulativos en el Derecho internacional público”, en *Revista Ars Boni et Aequi*, N° 6, 2, Chile, 2010, p.p. 22-23.

vertidos con ciertos grados de concentración de metales”¹⁸⁸. Y es que, en este sentido, un solo vertido resultaría inocuo tanto para el medioambiente, como para la salud de las personas. Por lo tanto, es posible que no se llegue a producir el riesgo grave que el tipo del artículo 325 CP exige¹⁸⁹; sólo llegando a ese nivel mediante la repetición de las acciones contaminadoras¹⁹⁰.

Así pues, la admisibilidad de sancionar penalmente una conducta individual, aunque no se considere lesiva por sí misma del bien jurídico, ni tampoco lo ponga en peligro, se debe a la posibilidad de que la conducta de que se trate sea realizada también por más personas, y con ello, se llegue a un conjunto de comportamientos que acabe

¹⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal...*, ob. cit., p. 141. Como también expone DE LA CUESTA AGUADO, “supongamos que las autoridades administrativas encargadas de la protección de las aguas ha establecido que el valor ideal de éstas han de cumplir una serie de requisitos. Este valor coincidiría con el que tendrían esas aguas en concreto si estuvieran en estado natural y al que, por tanto, habrá que tender. Este será el «valor debido». Pero este «valor debido» generalmente no representará la situación real, que se calificará como «valor dado». El «valor debido» y el «valor dado» solo coincidirán cuando se trate de aguas sobre las que no ha intervenido de forma alguna la acción humana. Supongamos que la autoridad ha fijado un «valor debido» en una acidez de pH de 6,0 y el «valor dado» en un pH de 7,0, pero además permite aún la acidificación de las aguas hasta un pH de 8,0. Si el vertido de «A» tiene sólo como consecuencia que eleva el valor-pH de las aguas de 7,0 a 7,5 su conducta, perjudicial, no será típica, porque tal modificación entra dentro de lo permitido... Supongamos, ahora que a la vez que «A» actúan también «B» y «C», cada uno independientemente de los otros. La acción de «A», en este caso, habría supuesto elevar el valor dado de 7,0 a 7,5. A esta acción mínimamente desventajosa y permitida, se le une la acción de «B» que incide en el perjuicio elevando el valor-pH de 7,5 a 8,1. La acción de «B» habría superado el límite permitido, pero la alteración que excede lo permitido es mínima, es decir, «no daña gravemente». Finalmente, la acción de «C», supone un empeoramiento del valor-pH de 8,1 a 8,4, elevación que ya puede suponer un grave perjuicio. ¿Cuál de las acciones descritas, puede ser considerada típica?» (DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, 2ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p.p. 214-216).

¹⁸⁹ SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p.p. 162-163.

¹⁹⁰ Como señala TERRADILLOS BASOCO, “la decisión del legislador a favor de un tipo de peligro viene impuesta por las peculiaridades de un bien jurídico que reclama una protección que se anticipe al resultado lesivo, o quizá por lo discutible que sería considerar si hubo o no lesión, y por las dificultades que, caso de que la hubiera, obstaculizarían la posibilidad de relacionarla con una conducta concreta, ya que normalmente el perjuicio será fruto de la reiteración y de sus efectos acumulativos” (TERRADILLOS BASOCO, Juan Mª, “Protección penal del medio ambiente. Jurisprudencia e intuición”, *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 375). ALASTUEY DOBÓN, Mª Carmen, “Delito ecológico y aguas continentales” en *Diccionario de Derecho de Aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p.p. 510-511.

lesionando el bien jurídico¹⁹¹. De aquí es de donde nacen los “delitos cumulativos o acumulativos” (*Kumulations-delikte, accumulative harms*), posición penal que parte de una postura ajena a la que el penalista está habituado: *What if everybody did it?* ¿Qué pasaría si todos hicieran lo mismo?¹⁹². Si se considera como “*harmless*” la conducta individual, no existe riesgo; de lo contrario, el “*general performance would be harmful*”, el actuar general pone en riesgo inminente mediante acumulación, produciendo consecuencias lesivas¹⁹³. Para esto, según FEINBERG, se debe considerar no sólo cuanta gente puede abstenerse de realizar ciertas acciones, incluso si dichas acciones estuviesen legalmente permitidas, sino también por qué se abstuvieron, ya que algunos actos y prácticas que puedan atentar contra el interés común, siendo de carácter individual, causan un pequeño daño, e incluso un daño nulo¹⁹⁴.

Para la protección del medioambiente, los daños acumulativos han desatado una gran discusión, puesto que se cree que son un mecanismo efectivo para la protección del mismo, y como consecuencia de ello, preserva las condiciones de vida de las generaciones futuras. De esta manera, no se precisa de un peligro abstracto y actual, sino que basta con que se tenga un conocimiento anticipado de actuaciones futuras de conductas semejantes por terceras personas, y que sumando todas esas conductas, se llegue al poder destructivo del medioambiente, y con ello puedan ser objeto de represión penal¹⁹⁵.

¹⁹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal...*, ob. cit., p. 143. Para VARGAS PINTO, los delitos de acumulación afectarían al bien colectivo “por la suma o repetición de conductas típicas semejantes por un gran número de personas o por su totalidad, como en los delitos contra el medio ambiente o en los delitos económicos, como los tributarios” (VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, p. 136).

¹⁹² FEINBERG, Joel, *Harm to others. The moral limits of the criminal law*, Vol. I, Ed. Oxford University Press, New York, 1987, p.p. 225-226.

¹⁹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal...*, ob. cit., p. 144.

¹⁹⁴ FEINBERG, Joel, *Harm to others. The moral limits...*, Vol. I, ob. cit., p.p. 225-226.

¹⁹⁵ Según ALCÁCER GUIRAO, “el presupuesto de imputación basado en el daño acumulativo sólo puede justificarse desde el presupuesto axiológico de la necesidad y merecimiento de protección de las generaciones futuras como cometido del Derecho penal, desde el cual el medio ambiente se erige en instancia autónoma de protección, no precisando la lesividad penalmente relevante, entonces, de un cierto peligro para intereses personales”. ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “La protección del futuro y...”, ob. cit., p. 9.

Pero lo cierto es que la sanción no se fundamentaría en la conducta propia de un sujeto, sino que se trataría de una sanción *ex iniuria tertii*, no existiendo en la conducta elementos de lesividad concreta, no concurriendo lesión, peligro abstracto o peligro concreto, sino solamente peligro presunto, peligro estadístico o peligro global¹⁹⁶, por lo que, a nuestro parecer, la imputación penal de responsabilidad bajo este criterio es difícilmente aceptable. Y es que las objeciones hacia esta postura se encaminan hacia el principio de culpabilidad, ya que se sostiene que el mismo es vulnerado por fundamentarse la sanción *ex iniuria tertii*. Además, se observa que no existe una lesión o peligro para el bien jurídico¹⁹⁷, con lo que la sanción penal estaría vulnerando el principio de proporcionalidad¹⁹⁸. También se mantiene que con el daño cumulativo en el Derecho penal se elimina el requerimiento de una mínima lesividad de la acción, ya que carece de un mínimo grado de peligro para intereses individuales. Así pues, cualquier atribución de responsabilidad a un sujeto significaría la pronosticación de la realización de acciones futuras de otros individuos. Con ello, volvemos a repetir, nos enfrentamos a un ilícito *ex iniuria tertii*, el cual debe ser desestimado a partir de los presupuestos de imputación que se conforman en torno a la capacidad de la autonomía individual en relación al detrimento de una esfera de libertad ajena, lo que requiere un reproche de culpabilidad fundamentado en una acción lesiva individual, y no una “culpabilidad colectiva o vicaria”¹⁹⁹.

¹⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal...*, ob. cit., p. 139.

¹⁹⁷ Por lo general, son bienes jurídicos colectivos los que se afectan mediante la acumulación de daños; en este sentido, podemos considerar al medioambiente como el ejemplo principal en los delitos por acumulación, además de tratarse del bien jurídico colectivo por excelencia. Véanse VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado...*, ob. cit., p. 136; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Sobre la “administrativización” del derecho penal en la “sociedad del riesgo”. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, en *Revista Derecho penal contemporáneo*, N° 19, 2007, p. 128; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, “El principio de lesividad y el delito ecológico”, en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p.p. 1424-1425; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, *La protección jurídico-penal del agua*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, p.p. 119-120; SILVA DIAS, Augusto, “«¿Y si todos lo hiciéramos?» Consideraciones acerca de la «(in)capacidad de resonancia» del Derecho penal con la figura de la acumulación”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, N° 56, 2003, p. 464.

¹⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 145-146.

¹⁹⁹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “La protección del futuro y...”, ob. cit., p.p. 13-14.

Puede afirmarse que la acumulación de daños lleva al Derecho penal a adelantar demasiado la barrera de protección, inclusive podríamos decir que se trata de un delito de peligro del peligro abstracto²⁰⁰, o como ALONSO ÁLAMO lo llama: “hiper-abstracción del peligro”²⁰¹, siendo sumamente desconcertante concebir desde el Derecho penal una barrera preventiva de esas características²⁰², ya que debería ser el Derecho administrativo quien, en su caso, se encargue de dar solución a ese tipo de conductas. Como pone de manifiesto SILVA SÁNCHEZ, desde una perspectiva global es lógico que el Derecho administrativo intervenga y sancione, como en el caso de la suma de vertidos en donde existe un inadmisibles efecto lesivo. Por el contrario, no resultaría justificada la sanción penal sobre una conducta individual que no pone en peligro al bien jurídico²⁰³, ya que las sanciones penales deben recaer sobre un individuo

²⁰⁰ Para MENDOZA BUERGO, mediante la denominación de los delitos por acumulación se hace referencia “a un supuesto especial de tipos de peligro abstracto en los que la acción individual que se castiga no muestra siquiera la peligrosidad abstracta que se presume o se considera motivo de la punición de las conductas individuales en los supuestos tradicionales de los delitos de peligro abstracto. Un tipo acumulativo no exige que la acción individual conlleve una lesión o una puesta en peligro, sino sólo que ésta pertenezca a una clase de acciones que cuando se realizan un número muy elevado de veces, puede dar lugar a una lesión o una puesta en peligro de manera que incluso tal aportación individual, ni siquiera es abstractamente peligrosa”. MENDOZA BUERGO, Blanca, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Ed. Comares, Granada, 2001, p.p. 61-62.

²⁰¹ ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Trama de la vida y protección penal del ambiente”, en *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 70. Aunque para HEFENDEHL, los delitos de peligro abstracto y los delitos acumulativos no deberían ser considerados independientes, dicho autor manifiesta que no se sabe “realmente por qué se habla de la existencia de un peligro abstracto. La verdadera razón que determina su criminalización se basa más bien en la idea de la acumulación, y ésta parte del planteamiento de que la sucesión de acciones individuales que no amenacen gravemente el medio ambiente, no merecedoras por tanto de una sanción penal, producidas en gran número, generan como consecuencia un perjuicio grave para la calidad de las aguas”. (HEFENDEHL, Roland, “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en *Anales de Derecho*, Nº 19, 2001, p. 156).

²⁰² En este sentido, MÜLLER-TUCKFELD sostiene que “los delitos cumulativos tienen perfecto sentido como categoría de análisis e incluso podrían tenerlo como categoría crítica. Sin embargo, estos delitos abarcan contribuciones al hecho que ni tan sólo llegan a ser abstractamente peligrosas, infringiendo así el principio de culpabilidad. Por este motivo deberían desaparecer sin excepción del Derecho penal”. MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 513

²⁰³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal...*, ob. cit., p. 141.

como consecuencia de sus hechos, y no como resultado de la acumulación global, pues ello resultaría contrario a los principios básicos del Derecho penal²⁰⁴.

1.3. Toma de posición

Como ya hemos visto, son varios los criterios que han impulsado los estudiosos del Derecho para distinguir los ilícitos, comenzando por las diferenciaciones que han tomado como base el ámbito ontológico y sustancial, pero lo cierto es que ambos ilícitos tienen una estructura material y lógica idéntica, por lo que no pueden distinguirse de esta manera, ya que en el fondo son lo mismo.

Podemos afirmar que la comparación de la cantidad y la cualidad sigue siendo un tema actual; la diferenciación cuantitativa afirma que, por lo tanto, existe la identidad entre los objetos en comparación, por lo que son cuantificables o graduables. No obstante, la calificación cualitativa nos lleva a pensar que se trata de objetos diferentes, por lo que no se puede hablar de “una línea continua de lo ilícito”²⁰⁵. En cualquier caso, resulta claro que si la dogmática jurídica se decantara por la distinción cualitativa, se estaría confirmando una diferenciación en la antijuridicidad o en la culpabilidad. Sin embargo, la diferenciación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo sólo puede ser tratada con la definición del órgano competente para imponer las sanciones, el procedimiento legalmente previsto para acordar las mismas, su forma de cumplimiento o ejecución²⁰⁶ y la gravedad de la infracción o delito. Además, debemos dejar claro que

²⁰⁴ En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ entiende que “solo en el ámbito del derecho administrativo las necesidades preventivas pueden hacer que se prescinda de las exigencias de retribución individualizada y ofensividad (capacidad de afectación a otros ámbitos de organización). En cambio, el derecho penal no puede buscar prevención a cualquier precio”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Sobre la “administrativización” del derecho penal...”, ob. cit., p. 132.

²⁰⁵ RANDO CASERMEIRO, Pablo, La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo..., ob. cit., p.53.

²⁰⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 95-96. Para SAINZ CANTERO “entre ambas no existen diferencias de carácter cualitativo. Las sanciones que conminan el ordenamiento administrativo para quienes realizan infracciones administrativas son semejantes en naturaleza a las penas conminadas por el ordenamiento punitivo: ambas consisten en la privación de bienes jurídicos que son valoradas como un mal desde el punto de vista del que las sufre... Tampoco pueden hallarse diferencias cuantitativas, ya que en la actualidad no se da una mayor intensidad o gravedad de la pena criminal respecto a

el injusto penal y el administrativo siguen la misma estructura lógica y poseen un contenido material similar²⁰⁷.

Si cuentan con una naturaleza idéntica, no es acertado que al ilícito administrativo se le llame “Derecho engendrado por la Administración” o “pseudoderecho”²⁰⁸, ya que los dos ilícitos emanan de una misma base, el Derecho sancionador, siendo ambos “manifestaciones punitivas del Estado”, por lo que las diferencias en cuanto a su esencia son inexistentes.

En este sentido, podemos agregar que las afirmaciones en las que se conceptúa al ilícito penal como “natural” y al ilícito administrativo como “artificial”, tampoco son bien recibidas por la actual doctrina, ya que el ilícito administrativo “artificial” no es algo ajeno a las lesiones del bien jurídico. Además, cómo ya lo hemos dicho, incluyen un contenido material y una estructura lógica idénticos²⁰⁹.

Por lo que respecta a las observaciones como las de la distinción de ilícitos mediante encasillamientos como los de “ilícito de policía” y el “genuino ilícito” son para nosotros erróneos y sin sentido. Ya HENKE, en su momento, rechaza la idea del delito de policía, y encuadró a los ilícitos como mayores y menores²¹⁰. Ambos ilícitos

la sanción administrativa, al imponerse por la Administración, en uso de sus potestad correctiva, sanciones de muy superior gravedad a algunas de las que las leyes penales conminan; esto es especialmente manifiesto en lo que a las multas se refiere... Si no existen diferencias ni cualitativas ni cuantitativas para distinguir penas y sanciones administrativas, no cabe distinguirlas más que por la naturaleza del órgano que las impone; cuando se imponen por un órgano judicial (Juez o Tribunal), mediante una sentencia a la que se llega a través de un procedimiento regulado en el ordenamiento procesal penal, estaremos ante una pena criminal; cuando el que la impone sea una autoridad u órgano administrativo (Gobernador Civil, Ministro, Director General, Alcalde, etc.), mediante una resolución a la que se llega a través de un procedimiento administrativo, estaremos ante una sanción administrativa” (SAINZ CANTERO, José A., *Lecciones de Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p.p. 54-55).

²⁰⁷ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p. 55.

²⁰⁸ GOLDSCHMIDT, James, *Derecho, Derecho penal...*, Vol. I, ob. cit., p.293.

²⁰⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p. 99. “Entendemos que delitos e infracciones administrativas mantienen una estructura idéntica (ambas son siempre acciones típicas, antijurídicas y culpables) y se orientan a la protección de los bienes jurídicos” (GÓMEZ TOMILLO, Manuel/SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho administrativo sancionador...*, ob. cit., p. 83).

²¹⁰ Véase MATTES, Heinz, *Problemas de Derecho penal administrativo...*, ob. cit., p. 154.

lesionan los intereses tanto de los ciudadanos como del Estado, ya que persiguen los mismos intereses, y entendemos que el Estado busca la protección de su sociedad y la sociedad busca un Estado sin más intereses que los de su colectividad. De este modo, la Administración siempre velará por los intereses de la sociedad, ya que aquella se encuentra regulada por el Ordenamiento jurídico y forma parte de la organización social a la que pertenece. Los dos sistemas sancionadores serán siempre engendrados desde valoraciones sociales²¹¹.

La distinción cualitativa de los ilícitos, en donde se asegura que el ilícito penal condena la lesión de los bienes jurídicos, mientras que la puesta en peligro de estos es sancionada por el ilícito administrativo, es una conjetura nada convincente²¹². La omisión del daño a los bienes jurídicos dentro del “Derecho penal administrativo” es considerada como un razonamiento poco lógico, ya que la distinción entre los “intereses de la Administración” tutelados por el Derecho y el resto de los bienes jurídicos es inexistente²¹³. Según MAYER, las actividades del Estado están encaminadas a un solo objetivo, establecer un orden justo y útil, inclusive si estas conllevan intereses temporales de la Administración²¹⁴. MATTES asegura que el Estado, en su papel de legislador, tiene el objetivo de buscar los intereses del bien común, los cuales engloban un valor general de Justicia²¹⁵. Además, si se aceptase la idea de que pueden existir ataques contra los “intereses de la Administración”, a fin de cuentas serían ataques contra el orden jurídico, ya que esta pertenece a dicho orden y se encuentra

²¹¹ RANDO CASERMEIRO, Pablo, *La distinción entre el Derecho...*, ob. cit., p.54. “La distinción que se apoya en la afirmación de que el ilícito penal se orienta al valor de la justicia y el ilícito administrativo al bienestar público, se ha negado alegando que el ordenamiento jurídico sólo puede prestar protección a un bienestar común que sea justo y que no hay sectores del ordenamiento jurídico que sean ajenos a una valoración de justicia” (SAINZ CANTERO, José A., *Lecciones de Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 52).

²¹² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 99-100.

²¹³ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p. 55. “La potestad administrativa sancionadora y la potestad punitiva atribuida a los Tribunales de justicia tiene como fundamento común que ambas han sido establecidas para asegurar el cumplimiento de los deberes genéricos que los individuos tienen frente al Estado, es decir, que deriven de su situación general de sumisión” (GARRIDO FALLA, Fernando, y Otros, *Tratado de Derecho...*, Vol. II, 12ªed., ob. cit., p.197).

²¹⁴ Véase CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p. 56.

²¹⁵ *Ibidem*.

jurídicamente regulada. De acuerdo con VON HIPPEL²¹⁶, la finalidad de la Administración es “el mantenimiento del buen orden de la comunidad”, por lo que podríamos entender que la Administración carece de intereses propios, y solo le atañe la misma sociedad a la que sirve. Como consecuencia de ello, no podemos hablar de diferencias entre bienes jurídicos y bienes administrativos, entre Derecho penal criminal y Derecho penal administrativo²¹⁷.

También estamos de acuerdo cuando se afirma que carece de sentido la distinción ontológica²¹⁸ en la que la diferencia se encuentra en que el ilícito penal es de peligro concreto y el ilícito administrativo de peligro abstracto, ya que ambos ilícitos poseen estas características y no es una peculiaridad de uno de ellos: la peligrosidad concreta se encuentra en los dos, así como la peligrosidad abstracta. En definitiva, tampoco podemos hablar de una separación sustancial “Derecho penal administrativo” y “Derecho penal criminal”²¹⁹, y lo que sí debemos resaltar es el interés de ambos sectores jurídicos por la punibilidad de los actos, el cual es fijado mediante la gravedad de los hechos sancionables. La proporción de la gravedad de las acciones punibles es

²¹⁶ Quien califica las observaciones de GOLDSCHMIDT como “incorrectas en sus bases, oscura en sus aplicaciones y desacertada en los resultados prácticos...”. Véase TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Injusto penal e injusto administrativo (Presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)”, en *Estudios sobre la Constitución. Homenaje al profesor Eduardo García De Enterría, Tomo III*, Ed. Cívitas, Madrid, 1991, p. 2537.

²¹⁷ MATTES, Heinz, *Problemas de Derecho penal administrativo...*, ob. cit., p.p. 204 – 206.

²¹⁸ NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 154.

²¹⁹ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p. 51. “No hay posibilidad de caracterizar cualitativamente a las contravenciones. Lo que sí puede señalarse es aquello que nunca puede ser contravención, sino sólo infracción penal o exento de todo castigo: la infracción de las normas del ámbito central o nuclear, por difusos que sean sus límites. El ámbito central de la organización social y estatal no siempre está reforzado por normas penales (p. ej., el carácter social del Estado no se halla garantizado por el Derecho penal ni por el Derecho de las contravenciones). Pero cuando hay una garantía, ésta debe ser de una clase tan estricta como corresponde al carácter fundamental central. Tampoco los supuestos de bagatela en las infracciones de normas pertenecientes al ámbito central deben solucionarse como meras contravenciones, sino como infracciones penales y en un procedimiento penal: Toda reacción debe tener en cuenta el contexto normativo en que se inscribe el caso concreto; este contexto normativo, en las normas centrales, llega hasta los casos de bagatela, pues también la infracción en el caso concreto, de una norma central vulnera un principio elemental básico para la definición de la sociedad, no sólo para su existencia fáctica. En estas normas se trata de algo más que de la existencia o de la pérdida de bienes: de partes imprescindibles de la identidad de la sociedad” (JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p.p. 68-69).

diferenciable cuantitativamente, siendo dos injustos iguales con diferentes grados, y dicha graduación será valorada en la Ley²²⁰.

Asumimos que los ilícitos dependerán del “tiempo y del espacio”, es decir, del lugar y el momento en que hayan sido legislados, y su sociedad tendrá mucho que ver en cuanto al sentido que se requiere en un determinado ilícito. Así, como sostiene RADBRUCH, “cada época esta llamada a rescribir su propia ciencia jurídica”²²¹.

Desde nuestro punto de vista, tanto la sanción penal como la sanción administrativa son, sin lugar a dudas, un castigo, y lo podemos observar desde su configuración. Pero debemos entender que ambas sanciones deben ser consideradas como preventivas, y no así como retributivas²²². Y como ocurre con cualquier ilícito penal, el administrativo tendrá su consecuencia jurídica, la cual constituirá un castigo²²³.

La configuración que contienen los delitos y las infracciones administrativas es idéntica, ya que los dos ilícitos se caracterizan por ser acciones típicas, antijurídicas y culpables, y además su orientación principal es la protección de los bienes jurídicos²²⁴.

En consecuencia, podemos decir que ambos ilícitos no presentan diferencias, por lo que se distinguirán el uno del otro mediante la tipificación de la infracción en el correspondiente Ordenamiento jurídico (Código penal o en las Leyes administrativas), presentando diferentes graduaciones y siendo la Ley correspondiente a cada momento la que tasaré la cuantía del ilícito²²⁵. Es por ello que la diferencia que existe entre el ilícito

²²⁰ MATTES, Heinz, *Problemas de Derecho penal administrativo...*, ob. cit., p. 204.

²²¹ Cfr. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Injusto penal e injusto administrativo...”, ob. cit., p. 2530.

²²² CARRETERO PÉREZ, Adolfo/CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo, *Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 95.

²²³ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Derecho penal económico*, 2ª ed., Editorial Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 170.

²²⁴ GÓMEZ TOMILLO, Manuel/SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 83.

²²⁵ MONTORO PUERTO, Miguel, *La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1965, p. 117; CARRETERO PÉREZ, Adolfo/CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo, *Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 95. “Sin ánimo de entrar en polémica, estimamos que es imposible hallar diferencias cualitativas entre

administrativo y el ilícito penal es cuantitativa, con la misma naturaleza y solamente diferenciándose por la severidad de las sanciones²²⁶. Como asegura GÓMEZ TOMILLO, estamos ante un problema de proporcionalidad, no de identidad²²⁷

Sin embargo, es preciso reconocer que la diferenciación de los ilícitos es un tema enmarañado y además, en el intento de resolver la clasificación de los injustos, se cae en lo difuso. Como afirma LASCURAÍN SÁNCHEZ, “aportan más confusión que claridad”²²⁸. Así pues, la búsqueda por delimitar al ilícito penal de la infracción administrativa ha conseguido, según KÖST-LIN, “sumir a los juristas en la desesperación”²²⁹. Podrá haber quien diga que, actualmente, carece de interés el estudiar las diferencias cualitativas y cuantitativas entre los ilícitos²³⁰, pero a nuestro entender sigue siendo un tema muy trascendente. Basta con pensar en su incidencia a los efectos del esencial principio “*non bis in idem*”, al que luego nos referiremos.

ilícito penal e ilícito administrativo, no existiendo entre ellos más que diferencias cuantitativas (mayor o menor gravedad del daño, mayor o menor intensidad del ataque, mayor o menor grado de lo intolerable de la conducta). Éstas son las que justifican que el primero figure en el catálogo de los delitos del Código penal, sea conminado con pena criminal y su autor sea objeto del *ius puniendi* del Estado, y que el ilícito administrativo encuentre su alojamiento en los catálogos de infracciones de las leyes administrativas, se conmine con sanciones administrativas y su autor sea objeto de la potestad sancionadora de la Administración” (SAINZ CANTERO, José A., *Lecciones de Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p.p.52-53). Aunque a nuestro parecer, tanto el ilícito administrativo como el ilícito penal pueden ser consideradas como demostraciones del *ius puniendi* del Estado.

²²⁶ SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p. 99.

²²⁷ GÓMEZ TOMILLO, Manuel/SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 83.

²²⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “Por un Derecho penal sólo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Thomson-Cívitas, Madrid, 2005, p. 619.

²²⁹ Cfr. GOLDSCHMIDT, James, *Derecho, Derecho penal...*, Vol. I, ob. cit., p. 292.

²³⁰ NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador...*, ob. cit., p. 152; RANDO CASERMEIRO, Pablo, *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo...*, ob. cit., p.p. 45 y ss; SUAY RINCÓN manifiesta que “El conjunto de teorías que se acaba de exponer, si bien pudieran tener, efectivamente, algo de ciertas en el pasado, en la actualidad carecen de vigencia. Hoy no hay absolutamente diferencia alguna en el modo que el legislador de los países de nuestro entorno cultural configuran los ilícitos administrativos y penales. Aquellos no son ya más como pudieron serlo en el pasado meras infracciones formales o de omisión; por le contrario están, al igual que los penales, al servicio de valores sustantivos” (SUAY RINCÓN, José, *Sanciones administrativas...*, ob. cit., p. 96).

Han pasado los años y mucho se ha escrito sobre este tema, si bien es cierto que, hasta el momento, no ha sido posible encontrar un criterio convincente que permita apreciar una diferencia cualitativa entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo²³¹, por lo que la diferencia cuantitativa es, hasta el día de hoy, la más admisible de las teorías de diferenciación, encomendando al Derecho penal las sanciones de mayor gravedad²³².

²³¹ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., p. 56; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p.p. 62 y ss; STAMPA BRAUN, José María, *Introducción a la ciencia del Derecho penal*, Ed. Miñon, Valladolid, 1953, pp 57 y ss; MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal, Tomo I*, Trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1935, p.p. 32-33; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal. Concepto del Derecho penal y de la criminología, historia y legislación penal comparada, Tomo I*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1977, pp. 48 y ss; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal. El delito, Tomo III*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1977, pp. 976-97; ANTÓN ONECA, JOSÉ/RODRÍGUEZ MUÑOZ, José, *Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 9-10; RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GOMEZ, Alfonso, *Derecho penal Español, parte general*, 18ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1995, p. p 27-33; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador...”, ob. cit., p.p.1421-1426; SUAY RINCÓN, José, *Sanciones administrativas...*, ob. cit., p. 52; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 72.

²³² CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, ob. cit., 56; CEREZO MIR, José, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, Nº 10, 2002, p. 59; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 74; NAVARRO MASSIP, Jorge, “La adecuación social y el principio de insignificancia como causas de exclusión de la tipicidad en relación al principio de intervención mínima”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 8, 2011, p. 59; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Presentación”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Dir. Roland Hefendehl, Ed. Marcial pons, Madrid, 2007, p. 17; TERRADILLOS BASOCO, Juan Mª, “El ilícito ecológico. Sanción penal-sanción administrativa”, en *El delito ecológico*, Dir. Juan Terradillos Basoco, Ed. Trotta, Madrid, 1992, p. 83; SANTANA VEGA, Dulce María, *La protección penal de los bienes...*, ob. cit., p. 122; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “El derecho penal ambiental y la contaminación del agua: ríos nacionales y transnacionales”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Editores Esteban Pérez Alonso y Otros, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p.p. 692 y 696; CALVO CHARRO, María, *Sanciones medioambientales*, Ed. Marcial pons, Madrid, 1999, p. 100.

CAPÍTULO II

EL PRINCIPIO “*NON BIS IN IDEM*” Y SU REPERCUSIÓN SOBRE EL ILÍCITO PENAL Y EL ILÍCITO ADMINISTRATIVO

SUMARIO: 2.1. El principio “*non bis in idem*”; 2.1.1. Origen; 2.2. Fundamentos jurídicos; 2.3. Vertientes del principio; 2.3.1. Vertiente material; 2.3.2. Vertiente procesal; 2.3.2.1. *Double jeopardy*; 2.3.3. La duplicidad de sanciones en diferentes formas; 2.3.3.1. La Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre; 2.3.3.2. La Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero; 2.4. Eficacia internacional.

2.1. El principio “*non bis in idem*”

Hasta ahora hemos abordado las diferencias y similitudes que existen entre los ilícitos penal y administrativo, así como la naturaleza de la potestad sancionadora de la Administración, pero para una mayor comprensión del problema plantado debemos enfatizar la importancia del principio *non bis in idem*, el cual es imprescindible para el entendimiento de conexiones jurídicas trascendentes y con indudables repercusiones, no sólo teóricas, sino también prácticas.

2.1.1. Origen

Antes de adentrarnos en su estudio, creemos pertinente apuntar lo que etimológicamente significa “*non bis in idem*”, así como el origen de la expresión. En algunas ocasiones el principio aparece como “*ne bis in idem*” y en otras como “*non bis in idem*”, por lo que debemos decir que la diferenciación del adverbio, “*ne*” o “*non*”, es, como sostiene LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “una circunstancia surgida del

cambio al estilo directo”²³³, de modo que el uso de la conjunción “*ne*” da inicio a una oración final negativa; su traducción sería “para que no” o “que no” dos veces en (o por) lo mismo, haciéndola una oración subordinada, por lo que si se pretende cambiar dicha oración por una principal, se debe convertir la conjunción en una simple negación, en “*non*” traduciéndolo por “no”, ya que si se parte de esta última conjunción, estaríamos diciendo “no dos veces en (o por) lo mismo”. Por lo anterior, lo aconsejable para su enunciación como principio es como “*non bis in idem*”²³⁴. No obstante, DE LEÓN VILLALBA mantiene que el uso del aforismo “*ne bis in idem*” es el adecuado, sobre la base de que las primeras formulaciones del principio recogen “*ne*” en lugar de “*non*”²³⁵. También cabe destacar que la formulación usada en diccionarios como el de LIEBS es “*ne bis in idem (crimen iudicetur)*”, lo que se traduce como “que no se sentencie dos veces por un mismo delito”²³⁶.

La formulación latina del principio supone una abreviación de las máximas latinas “*Bis de eadem re agere non licet*” y “*Bis de eadem re ne sit actio*”²³⁷, siendo las dos de origen civil, las cuales manifiestan la imposibilidad de actuar dos veces reclamando la misma cosa. No obstante, existe una teoría en la que se plantea que la

²³³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El principio: non bis in idem*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 17.

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio “ne bis in idem”*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, p.p. 35-37.

²³⁶ Véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El principio: non bis in idem...*, ob. cit., p. 14.

²³⁷ Reglas o máximas jurídicas que expresan que el acreedor no puede no puede pedir dos veces la misma cosa al deudor, “*Bona fides non partitur ur bis idem exigatur* - No tolera la buena fe que se exija dos veces lo mismo”, (Gayo, 18 *ed prov.* D.50.17.57). (GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Diccionario de jurisprudencia romana*, 3ª ed., 4ª reimpresión, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, p. 49). También existía la *Repetere actionem*, para demandar una segunda vez por el mismo reclamo y dicha repetición generalmente estaba excluida de acuerdo con la regla *bis de eadem re ne sit actio*. El demandado podía oponerse a la demanda con la excepción *rei iudicatae*, cuando el asunto ya había sido finalizado mediante Sentencia, o con la excepción *rei in iudicium deductae*, cuando la acción por la cual la demanda fue llevada a la corte, había alcanzado la *litis contestatio*. Solo cuando el primer juicio fuese interrumpido antes de la *litis contestatio*, el *repetere actionem* era admitido (BERGER, Adolf, *Encyclopedic dictionary of roman law*, Ed. The american philosophical society, Vol. 43, Parte 2, Reimpresión 1991, Philadelphia, 1953, p. 675).

expresión latina *bis in idem* parte de la griega “*dis pros ton autón peri toon autóon*”²³⁸, por lo que varios autores consideran el punto de partida del principio en el Derecho ático del siglo IV a.C.²³⁹.

Realmente el origen del principio no está claro, pero ha sido ubicado por la mayoría de la doctrina dentro del Derecho romano postclásico del siglo III d.C.²⁴⁰, más concretamente en “las Sentencias de Paulo”²⁴¹, las cuales tuvieron gran influencia sobre la legislación de los reinos bárbaros, ya que se incorporaron varios pasajes al “Brevario de Alarico”²⁴²: “*De his criminibus, de quibus quis absolutus est, ab eo qui accusavit refricari accusatio non potest*”, “por los delitos por los que alguien ha sido absuelto, no puede reiterar la acusación quien lo hubiese acusado” (Sentencias de Paulo 1,6b,1²⁴³).

²³⁸ MUÑOZ CLARES, José, *Ne bis in idem y Derecho penal. Definición, patología y contrarios*, Ed. Diego Marín, Murcia, 2006, p. 26.

²³⁹ DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Acumulación de sanciones penales y...*, ob. cit., p.p. 48-50.

²⁴⁰ Aunque TRAYTER afirma que su origen se encuentra en el Derecho romano clásico, dentro de la institución del «*iudicium legitimum*», siendo este el único régimen procesal en donde la Sentencia era considerada como cosa juzgada, por lo que en la segunda etapa del procedimiento civil romano (procedimiento formulario), se localiza el principio *non bis in idem*, plasmado positivamente. TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Ed. Marcial pons, Madrid, 1992, p.p. 192-193.

²⁴¹ Dicha obra está dividida en cinco libros, y es atribuida al jurista Julio Paulo con el título de *Sententiarum ad filium libri V*, o simplemente *Pauli Sententiae*. Se trata de una colección de máximas, las cuales manifiestan una serie de principio, reglas, definiciones jurídicas de carácter general y fue ampliamente usada por los abogados. Además, las Sentencias impulsaron la formación de varias legislaciones germano-romanas como el *Edictum Theodorici*. ADAME GODDARD, Jorge, “Las Sentencias de Paulo”, en *Cuadernos del Instituto de investigaciones jurídicas. Literatura histórico-jurídica mexicana*, Ed. IJ-UNAM, México, 1987, p.p. 7-9.

²⁴² *Breviarium Alaricianum*: llamado así por el Rey visigodo Alarico, el Brevario también fue conocido como “*Lex romana visigothorum*”, la cual fue elaborada en el año 506, con el fin de atraer hacia el Rey la población hispanorromana católica, para evitar alianzas con el Rey de los francos Clodoveo. Su contenido es principalmente constituciones imperiales “*leges*” promulgadas por los emperadores romanos, desde Adriano hasta Teodosio II, y en forma de anexo contiene obras jurisprudenciales como las Sentencias de Paulo y partes de las Instituciones de Gayo y Papiano (ADAME GODDARD, Jorge, “Las Sentencias de Paulo”..., ob. cit., p.p. 9 y 14). Para la elaboración del Brevario, se intentó modernizar el *Codex Theodosianus*, seleccionando las constituciones que todavía pudieran estimarse como vigentes, incorporando normas de gran importancia como las *Novellae* posteodosianas, así como extracciones de los Códices *Gregorianus* y *Hemogenianus*. Las Sentencias de Paulo se encuentran en el Brevario en forma de opiniones (MARGADANT, Guillermo Floris, *La segunda vida del Derecho romano*, Ed. Porrúa, México, 1986, p. 78).

²⁴³ VI^B DE REIS INSTITVTIS: *1a. Ab accusatione destitit qui cum aduelisario suo de compositione eius criminis quod intendebat fuerit locutus; 1b. Animo ab accusatione destitit,*

En el siglo IX los “Capitularios de Benedicto Levita (*Capitularia Benedicti Levitae*)” adoptan la frase usada en las mencionadas Sentencias, modificándola muy poco: “por los delitos por los que alguien ha sido absuelto, no puede reiterarse la acusación”. Ulteriormente, el principio fue adoptado por los canonistas del siglo XII y XIII, y abolido en el procedimiento inquisitorial, el cual buscaba la “verdad” material a toda costa, por lo que se adoptó la *absolutio ab instantia*, de modo que cualquier persona que hubiese sido absuelta por un tribunal, podía ser procesado de nuevo, si nuevos indicios de culpabilidad aparecieran²⁴⁴.

2.2. Fundamentos jurídicos

Podemos asegurar que el principio *non bis in idem* es de suma importancia para la comprensión de la armonización entre el Derecho administrativo y del Derecho penal, pero también debemos comprender lo que realmente significa dicho principio. Para ello, debemos afirmar que se trata de uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, que se encuentra en estrecha relación con el principio de legalidad (al que luego nos referiremos) y de tipicidad, como afirma la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, insistiendo en diversas Sentencias en que el principio *non bis in idem* se deduce tácitamente del artículo 25.1 CE²⁴⁵. También en reiteradas ocasiones, se ha

qui affectum et animum accusandi deposuit; 1c. Destitisse uidetur, qui intra praefinitum accusationis a praeside tempus reum suum non peregit; 1d. Nuntiatores, qui per notoriam indicia produnt, notoriis suis adsistere iubentur; 1e. Calumniae causa puniuntur, qui in fraudem alicuius librum uel testimonium aliudue quid conquisisse uel scripsisse uel in iudicium protulisse dicuntur; 1. De his criminibus, de quibus quis absolutus est, ab eo qui accusauit refricari accusatio non potest; 2. Filius accusatoris si hoc crimen, quod pater intendit, post liberatum reum persequi uelit, ab accusatione remouendus est; 3. Crimen, in quo alius destitit uel uictus discessit, alius obicere non prohibetur; 4. Delator non est, qui protegendae causae suae gratia aliquid ad fiscum nuntiat. KRUEGER, Paul, *Ulpiani liber singulares regularum. Pauli libri quinque sententiarum. Fragmenta minora*, Ed. Weidmannos, Berlin, 1878, p.p. 51-52.

²⁴⁴ Véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El principio: non bis in idem...*, ob. cit., p. p. 14-17.

²⁴⁵ SSTC 2/1981, 30 de enero; 77/1983, de 3 de octubre; 159/1985, de 27 de noviembre; 23/1986, de 14 de febrero; 66/1986, de 23 de mayo; 94/1986, de 8 de julio; 107/1989, de 8 de junio; 122/1990, de 2 de julio; 154/1990, de 15 de octubre; 150/1991, de 4 de julio; 234/1991, de 10 de diciembre; 152/1992, de 19 de octubre; 270/1994, de 17 de octubre; 204/1996, de 16 de diciembre; 41/1997, de 10 de marzo; 221/1997, de 4 de diciembre; 222/1997, de 4 de diciembre; 177/1999, de 11 de octubre; 151/2001, de 2 de julio; 2/2003, de 16 de enero;

planteado como uno de sus fundamentos el principio de proporcionalidad, “ya que de lo contrario, se produciría una evidente sobre-reacción”²⁴⁶.

En una primera aproximación, puede afirmarse que el *non bis in idem* es el principio por el cual se prohíbe castigar a un mismo sujeto dos o más veces por una misma infracción, o como señala MUÑOZ CLARES, la imposibilidad de que “un solo acto humano dé lugar a dos consecuencias sancionadoras para su autor”²⁴⁷. No obstante, para poder aplicar o reclamar la existencia del principio *non bis in idem* se necesita de una «triple identidad»²⁴⁸: que haya identidad de *sujeto*²⁴⁹, *hecho*²⁵⁰ y *fundamento*²⁵¹

180/2004, de 2 de noviembre; 188/2005, de 7 de julio; 48/2007 de 12 de marzo; 23/2008, de 11 de febrero; 91/2008, de 21 de julio; 1/2009, de 12 de enero; 77/2010 de 19 de octubre; 126/2011, de 18 de julio, por mencionar algunas. Véanse, también, GALLARDO CASTILLO, María Jesús, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 289; PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 19; CUBERO MARCOS, José Ignacio, *El principio non bis in idem en Ley vasca de la potestad sancionadora*, Ed. IVAP, Oñate, 2010, p. 27; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, p.p. 21-22; MUÑOZ CLARES, José, *Ne bis in idem y Derecho penal...*, ob. cit., p. 102; GARCÍA ALBERO, Ramón, “Non bis in idem”. *Material y concurso de Leyes penales*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1995, p. 75; PARDO LÓPEZ, María Magnolia, “Tutela penal y administrativa del dominio público hidráulico: especial consideración de los aspectos problemáticos del principio *non bis in idem* en la Jurisprudencia Constitucional”, en *La tutela penal del agua*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, p.p. 126-127; GRANADOS PÉREZ, Carlos, “La contaminación acústica como modalidad de delito contra el medio ambiente”, en *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, T. II, Ed. Marcial pons, Madrid, 2004, p. 984; GRANADOS PÉREZ, Carlos, “La contaminación acústica”, en *Problemas derivados de la delincuencia medioambiental*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 33; CALVO CHARRO, María, *Sanciones medioambientales*, Ed. Marcial pons, Madrid, 1999, p. 95; RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge, “La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de sanciones medioambientales”, en *Incidencia medioambiental y Derecho sancionador*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 305; SÁNCHEZ MELGAR, Julián, “La jurisprudencia penal en materia medioambiental”, en *Incidencia medioambiental y Derecho sancionador*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 57; MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 95; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p. 112.

²⁴⁶ En SSTC 136/1999, de 20 de julio, en su F.J. 22; 177/1999, de 11 de octubre, en su F.J.3; 2/2003, de 16 de enero, en su F.J. 3 a), las cuales vinculan al *non bis in idem* con el principio de proporcionalidad. Véase GÓMEZ TOMILLO, Manuel/SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho administrativo sancionador...*, ob. cit., p.p. 205-206.

²⁴⁷ MUÑOZ CLARES, José, *Ne bis in idem y Derecho penal...*, ob. cit., p. 25.

²⁴⁸ PÉREZ NIETO, Rafael/BAEZA DÍAZ-PORTALES, Manuel José, *Principios del Derecho administrativo sancionador*, Vol. I, Ed. Consejo general del poder judicial, Madrid, 2008, p. 151; CANO CAMPOS, Tomás, “Non bis in idem. Prevalencia de la vía penal y teoría de los

(*eadem persona, eadem res y eadem causa petendi*); si alguno de los tres requisitos no se encontrara el *non bis in idem* no puede ser invocado. Según algunos se necesita otro requisito para poder recurrir al mencionado principio: la inexistencia de la “relación de especial sujeción” entre el sujeto y la Administración en cuanto al hecho de que se trate; de lo contrario, las dos sanciones (penal y administrativa) podrían estar justificadas. Sin embargo, la tutela de los intereses públicos de la Administración es abarcada por la estructuración de los ilícitos penales mediante las actuaciones de los funcionarios públicos, por lo que las replicas penales afectan mediante penas principales y/o accesorias, a la relación que existe entre el condenado y la Administración (inhabilitación, suspensión, etc.)²⁵².

Además de las Sentencias del TC, en donde se ha venido insistiendo en la deducción de forma tácita del principio *non bis in idem* del artículo 25.1 CE, el

concursos en el Derecho administrativo sancionador”, en *Revista de Administración Pública*, N° 156, CEPC, 2001, p. 195.

²⁴⁹ Para declarar la identidad de sujeto, es necesario observar dos circunstancias incondicionales: por una parte, la precisión de los sujetos que participan en cualquier relación sancionadora; además de tener en cuenta los órdenes jurídicos que se encuentren implicados en la simultaneidad de sanciones o procedimientos. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Acumulación de sanciones penales y...*, ob. cit., p. 458.

²⁵⁰ El hecho es el evento histórico que se expone ante un Tribunal para su conocimiento mediante la acusación. ATILIO FALCONE, Roberto, “Algunas notas sobre el objeto procesal penal y la prohibición del *ne bis in idem*”, en *Revista de Derecho penal*, núm 16, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 13.

²⁵¹ Para que exista la identidad de fundamento debe encontrarse que las normas aplicables protegen el mismo bien jurídico, pues de lo contrario se originaría un concurso ideal de infracciones, dando lugar a varios castigos. REBOLLO PUIG, Manuel y Otros, *Derecho administrativo sancionador*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 367.

²⁵² Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El principio: non bis in idem...*, ob. cit., p. p. 35 y 36; BOIX REIG, Javier, “La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*”, en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Dir. BOIX REIG, Javier/BERNARDI, Alessandro, Ed. Iustel, Madrid, 2005, p.75; BOIX REIG, Javier, “La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Thomson-Cívitas, Navarra, 2005, p. 130. Para un estudio sobre la relación de sujeción especial, véanse HUERTA TOCILDO, Susana, “Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor D. José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002; TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, *Manual de Derecho disciplinario...*, ob. cit.

mencionado principio se encuentra reconocido por diversos textos legales²⁵³, tales como:

- La Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas²⁵⁴;
- Ley 26/84, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios²⁵⁵;
- Ley 339/90, de 2 de marzo, de Seguridad Vial²⁵⁶;
- Ley 1/92, de 21 de febrero, de Seguridad Ciudadana²⁵⁷;

²⁵³ GALLARDO CASTILLO, María Jesús, *Los principios de la potestad sancionadora...*, ob. cit., p. 289; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción...*, ob. cit., p. 114; TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, *Manual de Derecho disciplinario...*, ob. cit., p. 195.

²⁵⁴ En su artículo 133, sobre la concurrencia de sanciones, donde señala: “No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”.

²⁵⁵ En el artículo 32, sobre prejudicialidad penal: “1. Las infracciones en materia de consumo serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir. 2. La instrucción de causa penal ante los Tribunales de Justicia suspenderá la tramitación del expediente administrativo sancionador que hubiera sido incoado por los mismos hechos, y en su caso, la eficacia de los actos administrativos de imposición de sanción. Las medidas administrativas que hubieran sido adoptadas para salvaguardar la salud y seguridad de las personas se mantendrán en tanto la autoridad judicial se pronuncie sobre las mismas”. Y el artículo 33, sobre el principio *non bis in idem*: “En ningún caso se producirá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes”.

²⁵⁶ En el artículo 72, sobre actuaciones administrativas y jurisdiccionales penales: “1. Cuando en un procedimiento administrativo de carácter sancionador se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, la Autoridad administrativa lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal y acordará la suspensión de las actuaciones. 2. Concluido el proceso penal con sentencia condenatoria de los inculcados se archivará el procedimiento administrativo sin declaración de responsabilidad. Si la sentencia fuera absolutoria o el procedimiento penal finalizara con otra resolución que le ponga fin sin declaración de responsabilidad, y siempre que la misma no estuviera fundada en la inexistencia del hecho, se podrá iniciar o continuar el procedimiento administrativo sancionador contra quien no hubiese sido condenado en vía penal. 3. La resolución que se dicte deberá respetar, en todo caso, la declaración de hechos probados en dicho procedimiento penal”.

²⁵⁷ En su artículo 32 establece: “1. No se podrán imponer sanciones penales y administrativas por unos mismos hechos. 2. Cuando las conductas a que se refiere la presente Ley pudieran revestir caracteres de infracción penal, se remitirán al Ministerio Fiscal los antecedentes necesarios de las actuaciones practicadas, aunque ello no impedirá la tramitación de expedientes sancionadores por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente solo podrá producirse cuando sea firme la resolución recaída en el ámbito penal, quedando hasta entonces interrumpido el plazo de prescripción. 3. Las medidas cautelares adoptadas por las

- Ley 15/07, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia^{258, 259};
- Ley 22/88, de 17 de julio, de Costas²⁶⁰;
- Ley 29/85, de 28 de julio, de Aguas²⁶¹;
- Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial²⁶²;
- Ley 58/03, de 17 de diciembre, General Tributaria²⁶³;
- Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora²⁶⁴;

autoridades sancionadoras antes de la intervención judicial podrán mantenerse en vigor mientras no recaiga pronunciamiento expreso al respecto de las Autoridades Judiciales”.

²⁵⁸ Su artículo 46, sobre prejudicialidad del proceso penal, manifiesta que “la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para dictar la resolución o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quien corresponda”.

²⁵⁹ La Ley 15/07 sustituyó a la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, la cual estuvo vigente hasta el 1 de septiembre de 2007, y en su artículo 55, también sobre prejudicialidad del proceso penal, pero con contenido distinto, señalaba que “la instrucción de proceso penal ante los Tribunales de justicia suspenderá la resolución del expediente administrativo que hubiera sido incoado por los mismos hechos”.

²⁶⁰ Expresa en su artículo 94.3: “Cuando, a juicio de la Administración, la infracción pudiera ser constitutiva de delito o falta, el órgano administrativo dará traslado al Ministerio Fiscal, absteniéndose aquel de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa”.

²⁶¹ En su artículo 112 postula: “En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito o falta, la Administración pasará el tanto de culpa a la Jurisdicción competente y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción de la autoridad judicial excluirá la imposición de multa administrativa. De no haberse estimado la existencia de delito o falta, la Administración podrá continuar el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados”. Vigente hasta el 21 de julio de 2001, derogado por el Real Decreto 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas.

²⁶² En su artículo 415.3: “Sólo podrán recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no hubiere identidad de fundamento jurídico y de bien jurídico protegido”.

²⁶³ En su artículo 180.1 establece: “Si la Administración tributaria estimase que la infracción pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente, o remitirá el expediente al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo, que quedará suspendido mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal. La sentencia condenatoria de la autoridad judicial impedirá la imposición de sanción administrativa. De no haberse apreciado la existencia de delito, la Administración tributaria iniciará o continuará sus actuaciones de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados, y se reanudará el cómputo del plazo de prescripción en el punto en el que estaba cuando se suspendió. Las actuaciones administrativas realizadas durante el período de suspensión se tendrán por inexistentes”.

- Real Decreto-Ley 6/1977, de 25 de enero, por el que se modifican determinados artículos de la Ley de Orden Público²⁶⁵.

2.3. Vertientes del principio

Al principio *non bis in idem* se le atribuyen dos vertientes, una material y una procesal. Dicha bifurcación ha sido también plasmada dentro de las Sentencias del TC, de manera que la primera de estas vertientes pone especial atención en el aspecto sustantivo, donde se asevera que nadie puede ser castigado dos veces por la misma infracción (siendo el ejemplo más claro la **STC 2/1981**, de 30 de enero), y la segunda, como su nombre lo indica, en el aspecto procesal, de manera que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos (por ejemplo, la **STC 77/1983**, de 3 de octubre)²⁶⁶. En definitiva, en ambas vertientes lo que se busca es mantener una

²⁶⁴ En su artículo 5, sobre concurrencia de sanciones, señala: “1. El órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento. 2. El órgano competente podrá aplazar la resolución del procedimiento si se acreditase que se está siguiendo un procedimiento por los mismos hechos ante los órganos comunitarios europeos. La suspensión se alzarán cuando se hubiese dictado por aquéllos resolución firme. Si se hubiera impuesto sanción por los órganos comunitarios, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo compensarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción”. Además, en su artículo 7, sobre vinculaciones con el orden jurisdiccional penal, expresa: “1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación. En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas. 2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial. 3. En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien”.

²⁶⁵ En el artículo 2 manifiesta: “No se impondrán conjuntamente sanciones gubernativas y sanciones penales por unos mismos hechos”. (Disposición derogada).

²⁶⁶ Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 91-92; GALLARDO CASTILLO, María Jesús, *Los principios de la potestad sancionadora...*, ob. cit., p. 295; TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, *Manual de Derecho disciplinario...*, ob. cit., p. 73; MESEGUER YEBRA, Joaquín, *El principio “non bis in idem” en el procedimiento administrativo sancionador*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 13; GRANADOS PÉREZ, Carlos, “La contaminación acústica como modalidad...”, ob. cit., p. 983;

adecuada armonía entre los distintos órdenes sancionadores, evitando cualquier reacción excesiva por parte del Ordenamiento jurídico y de quienes lo aplican.

2.3.1. Vertiente material

La vertiente material del principio *non bis in idem* se caracteriza por detener cualquier posibilidad de que, por un mismo ilícito, se imponga doble sanción a un individuo, siempre y cuando concurren las «tres identidades» que forman su presupuesto de hecho: mismo sujeto, mismo hecho y mismo fundamento; de modo que la vertiente material o sustancial implica la imposibilidad de establecer un nuevo reproche punitivo cuando ya se haya agotado el contenido del injusto y la culpabilidad del hecho²⁶⁷. Es entonces, como lo expresan GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES, “la prohibición de sancionar simultáneamente o sucesivamente dos o más veces por un mismo hecho, cuando las normas sancionadoras posean un mismo fundamento o base racional”²⁶⁸, evitando así una reacción punitiva desproporcionada.

Dicho principio fue recogido por el TC, otorgándole valor constitucional y reconociendo ambas vertientes del principio. Un ejemplo de ello es la **STC 2/1981**, de

RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge, “La doctrina del Tribunal Constitucional...”, ob. cit., p. 306.

²⁶⁷ GALLARDO CASTILLO, María Jesús, *Los principios de la potestad sancionadora...*, ob. cit., p.p. 295-296; LOZANO SUÁRES, Luis Miguel, “El principio *non bis in idem*: Colisión entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador”, en *Revista de Derecho penal*, N° 15, 2005, p. 59; GARCÍA GONZÁLEZ, Javier, “La doble sanción penal y administrativa por un mismo hecho: vigencia del principio *ne bis in idem*”, en *Revista General de Derecho*, N° 678-679, 2001, p. 1981; GÓMEZ TOMILLO, Manuel/SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho administrativo sancionador...*, ob. cit., p. 205; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción...*, ob. cit., p. 115; PARDO LÓPEZ, María Magnolia, “Tutela penal y administrativa del dominio público hidráulico...” ob. cit., p. 128; SANTA CECILIA GARCÍA, Fernando, “Accesoriedad y bien jurídico en delitos medioambientales: una constante paradoja”, en *Religión, matrimonio y Derecho ante el Siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls*, Vol. II, Ed. Iustel, Madrid, 2013, p. 3688; RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge, “La doctrina del Tribunal Constitucional...”, ob. cit., p. 305; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p. 111.

²⁶⁸ GÓMEZ TOMILLO, Manuel/SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho administrativo sancionador...*, ob. cit., p. 205.

30 de enero²⁶⁹ (vertiente material) en la que se advierte que el mencionado principio requiere “que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del «*ius puniendi*» por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”, F.J. 4º. Mediante dicha Sentencia, se confirma el principio como un Derecho fundamental de cualquier ciudadano para protegerse de la probable existencia de una dualidad de sanciones, de manera que el TC estableció que el principio que nos ocupa forma parte fundamental del Estado de Derecho, ya que este no puede quedarse sin posibilidad de sujetarse al recurso de amparo, con lo que el TC buscó una forma mediante la cual podría reconocerlo como un Derecho fundamental: si bien el *non bis in idem* “no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los Derechos y libertades susceptibles de amparo (artículo 53.2 de la Constitución y art. 41 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional)”, ello no es motivo para que este no sea reconocido, ya “que como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución”²⁷⁰.

Otra Sentencia muy importante en este sentido ha sido la **STC 154/1990**, de 15 de octubre, la cual reitera lo afirmado por la anteriormente mencionada, entendiendo del mismo modo que el principio *non bis in idem* se encuentra de manera implícita en el artículo 25 CE, además de estar íntimamente vinculado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones²⁷¹, ratificando con ello al principio que nos ocupa como

²⁶⁹ Así como en las SSTC 66/1996, de 23 de mayo, F.J. 2; 154/1990, de 15 de octubre, F.J. 3; 234/1991, de 10 de diciembre, F.J. 2; 270/1994, de 17 de octubre, F.J. 5; 204/1996, de 16 de diciembre, F.J. 2, entre otras.

²⁷⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El principio: non bis in idem...*, ob. cit., p. 35; GALLARDO CASTILLO, María Jesús, *Los principios de la potestad sancionadora...*, ob. cit., p.p. 295-296; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *El principio non bis in idem*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, p.p. 38-40; ALONSO MAS, María José, *Prevalecía de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2005, p.p. 19-20; PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La prohibición constitucional...*, ob. cit., p. 23.

²⁷¹ ALONSO MAS, María José, *Prevalecía de la vía jurisdiccional penal...*, ob. cit., p.20.

un Derecho fundamental. Además, cabe resaltar que dicha Sentencia afirma que, independientemente de si la sanción es instruida por el mismo orden u órgano sancionador o por uno distinto, o ya sea en un mismo procedimiento o uno diferente, se debe garantizar, como destaca PÉREZ MANZANO, “la prohibición de multiplicidad sancionatoria, o el Derecho a la unicidad sancionatoria”²⁷². Así lo consideró el TC en dicha Sentencia, ya que estimó la existencia de doble castigo, debido a que hubo duplicidad de sanciones a una misma persona, en un mismo procedimiento penal, como culpable de un delito de robo con toma de rehenes (501.4 CP 1973), y de dos delitos de detenciones ilegales (arts. 480 y 481 CP 1973): “...por unos mismos hechos tipificados como un único delito, robo con toma de rehenes, se ha impuesto una sanción duplicada, como si de varios delitos se tratara”. En dicha Sentencia también se afirma que el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción se podría ver contrariado, si no se impide sancionar doblemente por un mismo delito a un sujeto, lo cual requiere conservar una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción²⁷³.

Debemos hacer mención, también en esta orientación, a la **STC 204/1996**, de 16 de diciembre²⁷⁴. En sus FFJJ 1º y 2º señala que “En este recurso se impugna la sentencia de la Audiencia Provincial que, revocando la del Juzgado, condenó a los ahora demandantes por la comisión de un delito de usurpación de funciones del art. 321 del Código Penal..., condena en la que no se apreció la excepción de cosa juzgada alegada, que se fundaba en la existencia de una condena anterior por los mismos hechos”. Además, como bien se dispone, el “*non bis in idem* determina...que no tenga lugar una duplicidad de sanciones cuando exista identidad del sujeto, hecho y fundamento. [...] el principio de legalidad en materia penal y sancionadora, consagrado en el art. 25 y dentro del cual hemos considerado incluido el principio *non bis in idem*, veda la imposición de dualidad de sanciones por unos mismos hechos (**STC 234/1991** [RTC 1991\234])”.

²⁷² PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La prohibición constitucional...*, ob. cit., p. 25.

²⁷³ Véase MUÑOZ CLARES, José, *Ne bis in idem y Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 130-133.

²⁷⁴ “La demanda de amparo formalizada alega la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE [RCL 1978\2836 y ApNDL 2875]). Se denuncia la infracción del principio *non bis in idem*, que se habría lesionado por cuanto han sido condenados dos veces por la misma conducta y por el mismo delito, pues los hechos enjuiciados por la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma son los mismos en cuanto a integrantes del delito de usurpación de funciones que los que dieron lugar a la condena por dicha Audiencia en su Sentencia de 20 de mayo de 1993”.

Asimismo, esta Sentencia reitera lo que señaló la **STC 154/1990**, en donde se afirmaba que “dicho principio incluso «es aplicable también dentro de un mismo proceso o procedimiento a una pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujetos, hechos o fundamentos, objeto o causa material y acción punitiva. Se impide sancionar doblemente por un mismo delito, desde la misma perspectiva de defensa social, o sea que por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción penal principal doble o plural...». Y, como dijimos en la **STC 66/1986**, al ser invocable en el supuesto de una pluralidad de sanciones penales «es decir, cuando un mismo delito fuera objeto de sentencias condenatorias distintas, ...la no estimación de la excepción de cosa juzgada, cuando concurren los requisitos necesarios para que opere, podría conducir a la vulneración del citado principio»“.

Como hemos visto hasta aquí, la jurisprudencia se ha encargado de dar un importante sustento jurídico a la vertiente material del principio *non bis in idem*, haciendo de este un Derecho fundamental, protegido a través del recurso de amparo²⁷⁵.

2.3.2. Vertiente procesal

La vertiente procesal del principio *non bis in idem* prohíbe la existencia de dos procesos distintos por una misma ilegalidad, y como en la vertiente material, también tienen que coincidir las «tres identidades»: mismo sujeto, mismo hecho y mismo fundamento. Por lo tanto, en este aspecto del principio, lo que se busca prevenir es el doble enjuiciamiento por una misma conducta, ya que constituiría un efecto negativo de la cosa juzgada material²⁷⁶.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado en este sentido, siendo la Sentencia **77/1983**, de 3 de octubre, el punto de partida para su estudio dentro de la

²⁷⁵ REBOLLO PUIG, Manuel y Otros, *Derecho administrativo sancionador...*, ob. cit., p.361.

²⁷⁶ CANO CAMPOS, Tomás, “Non bis in idem, prevalencia de la vía penal...”, ob. cit., p. 198; TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, *Manual de Derecho disciplinario...*, ob. cit., p.p. 191-192 y 212; GÓMEZ TOMILLO, Manuel/SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho administrativo sancionador...*, ob. cit., p. 203; BOIX REIG, Javier, “La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*”, en *Homenaje...*, ob. cit., p. 131; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p. 111.

doctrina constitucional. Dicha resolución también prohíbe la doble sanción - administrativa y penal- por los mismos hechos, pero una de sus grandes aportaciones fue el reafirmar el principio de subordinación, en el cual la actuación de la Administración debe someterse a la jerarquía de los Tribunales de Justicia; de lo contrario, se llevaría a cabo un exceso de poder punitivo, el cual infringiría el artículo 25 Constitucional, por lo que existe una primacía del proceso penal sobre el administrativo sancionador, como lo afirma también la **STC 2/2003**, de 16 de enero²⁷⁷.

La jerarquía que le otorga la **STC 77/1983** a la autoridad judicial sobre las actuaciones de la administración, tiene como consecuencias las siguientes: a) el necesario control “*a posteriori*” por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las Leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada», conclusión retomada por la **STC 2/2003**. El respeto por la cosa juzgada, conlleva un efecto positivo y uno negativo (como lo estima la **STC 77/1983**): la primera valoración se da a consecuencia de que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica, y el segundo efecto porque determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema²⁷⁸.

Asimismo, dicha Sentencia pone de manifiesto el reconocimiento del *non bis in idem* no solo en el artículo 25 CE, como se había hecho con anterioridad, sino que también lo ubica en el artículo 24 CE²⁷⁹, como un derecho fundamental del individuo,

²⁷⁷ Véanse, asimismo, ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, *La garantía non bis in idem...*, ob. cit., p. 99; COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 92.

²⁷⁸ Véanse, también, GÓMEZ TOMILLO, Manuel/SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho administrativo sancionador...*, ob. cit., p. 203; ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, *La garantía non bis in idem...*, ob. cit., p.p. 99-100; GARBERÍ LLOBREGAT, José/UITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *El procedimiento administrativo...*, Vol. I, 4ª ed., ob. cit., p.188.

²⁷⁹ **Artículo 24. CE**, “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario

con lo cual se garantizaría el derecho a un proceso con todas las garantías, alcanzando un enjuiciamiento equitativo: “...podemos establecer que los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el artículo 25.1 de la Constitución son: a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan; b) la interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas; c) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones, y d) finalmente, la subordinación a la autoridad judicial”²⁸⁰.

Junto con lo anterior, viene a colación la **STC 159/1985**, de 27 de noviembre, que en su contenido manifiesta la articulación del *non bis in idem*, no solo en el 25 CE, sino también en el 24 CE, mediante la presunción de inocencia, entendiendo que “la regla «*non bis in idem*» no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral), pero no lo es menos que sí impide el que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta. Semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibile reiteración en el ejercicio del «*ius puniendi*» del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado”.

predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

²⁸⁰ VIVES ANTÓN, Tomás S., *La libertad como pretexto*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p.p. 359-360.

La jurisprudencia que instaura la mencionada Sentencia termina por vincular a los Jueces y Tribunales, artículo 5.1 LOPJ, obligando a que las intervenciones administrativas se subordinen al desenvolvimiento del proceso penal²⁸¹, teniendo la Administración el deber de notificar al Juez penal si la actuación ilícita es constitutiva de delito, además de paralizar el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no haya emitido resolución alguna²⁸². En caso de que en el procedimiento penal se declarasen las acusaciones inexistentes, el asunto en cuestión sería de vinculación administrativa²⁸³.

En este sentido podemos afirmar que la dimensión procesal del principio detiene cualquier posibilidad de que se dé inicio a un nuevo proceso por los mismos hechos, existiendo ya un procedimiento por estos, ya sea finalizado mediante resolución firme (cosa juzgada o *res iudicata*), o iniciado (litispendencia)²⁸⁴.

2.3.2.1. Double jeopardy

Cabe resaltar que la separación de las vertientes antes mencionadas no es considerada de esta manera por todos los Ordenamientos, ya que países como Estados Unidos, y en varios países con tradición jurídica de *common law*, no se contempla esta

²⁸¹ Los primeros en actuar son los Tribunales de justicia y la Administración no puede proceder hasta después de que lo haga el orden penal, aunque si bien es cierto que, dicha subordinación administrativa no conlleva a la inobservancia de la legalidad por parte de la Administración. El Juez tiene la obligación de resolver, independientemente de cómo proceda la Administración, siendo el afectado por el doble enjuiciamiento, el que debe poner de manifiesto a la autoridad administrativa dicha situación, para la inmediata suspensión de esa vía. SÁNCHEZ GASCÓN, Alonso, *Duplicidad de sanciones. “non bis in idem”*, Ed. Exlibris, Madrid, 2004, p.9. Pueden observarse en esta dirección las SSTS, de 18 de julio 1984, RJ 1984/4026; de 16 de enero 1991, RJ 1991/256; de 20 de enero 1987, RJ 1987/256, entre otras.

²⁸² En este sentido las SSTS, de 24 de diciembre 1985, RJ 1985/6545; de 21 de enero 1987, RJ 1987/1796, entre otras.

²⁸³ Entre otras véase las SSTS, de 15 de junio 1984, RJ 1984/3717; de 28 de septiembre 1984, RJ 1984/4524; de 20 de enero 1987, RJ 1987/256. TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, *Manual de Derecho disciplinario...*, ob. cit., p. 213.

²⁸⁴ BELLIDO PENADÉS, Rafael, “Cooperación judicial penal y ne bis in idem (de la extradición a la orden europea de detención y entrega)”, en *La justicia y la carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Dir. De la Oliva Santos, Andrés, Ed. Colex, Madrid, 2008, p. 263.

diferenciación, de modo que ellos utilizan lo que se conoce como el “*double jeopardy*”²⁸⁵, que mantiene una estrecha relación con la vertiente procesal, y encuentra su fundamentación en la prohibición del doble riesgo (*double jeopardy*)²⁸⁶.

Se trata, en este caso, de una defensa procesal, que prohíbe el enjuiciamiento de una persona bajo los mismos cargos a partir de una sentencia, ya sea absolutoria o condenatoria. En los países del *common law* es necesario que el acusado presente una declaración de “*autrefois acquit*” o “*autrefois convict*” (*autrefois* significa “anteriormente” en francés), lo que sería una declaración de que ha sido absuelto o condenado por el mismo delito²⁸⁷.

El *double jeopardy* se establece en Estados Unidos a partir de su Constitución, cuando este fue incluido en la Quinta Enmienda, el 15 de diciembre de 1791, cuatro años después de su adopción. Dicha Enmienda recoge el principio, prohibiendo así un segundo procedimiento que provoque la doble sanción por un mismo hecho, deteniendo cualquier acción que conduzca al quebrantamiento del principio *double jeopardy*. El texto menciona lo siguiente: “...no se someterá a ninguna persona dos veces al riesgo de perder vida o miembro por el mismo delito...”²⁸⁸. Así, “Vida o miembro - *Life or*

²⁸⁵ El mencionado término deriva de un término francés, “*jeu parti*”, significando este “juego dividido”, “alternancia”. Cuando se translada al inglés, se adopta como “*jupart*”, luego cambia a “*jeopardie*” y más tarde a su actual composición “*jeopardy*”. El término en inglés fue relacionado con el riesgo característico de los movimientos sucesivos y alternantes de los jugadores de ajedrez, extendiéndose más tarde como “riesgo”, “peligro”. Véase MUÑOZ CLARES, José, *Ne bis in idem y Derecho penal...*, ob. cit., p. 54.

²⁸⁶ “ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, Dirección del servicio jurídico del Estado”, *Manual de Derecho administrativo...*, Tomo I, 2ª ed., ob. cit., p. 310; COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 93.

²⁸⁷ DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Acumulación de sanciones penales y...*, ob. cit., p. 146.

²⁸⁸ El texto completo de la Quinta Enmienda “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”. El 13 de junio de 1866 fue propuesta la Decimocuarta Enmienda, ratificada el 9 de Julio de 1868, la cual vino a reforzar estos Derechos en todos los estados la Unión Americana, con lo cual no se quedaron solo en el ámbito federal. Véase SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Documentos constitucionales y textos políticos*, Editora Nacional, Madrid, 1982, p. 85.

limb”, dado que actualmente en la normativa estadounidense las penas contra la integridad física, como la tortura o descuartizar extremidades de los inculpados ya no existen, ahora se podría entender como “vida o libertad”²⁸⁹. El caso U.S. vs. Candelaria, 131, F. Supp. 797 (S.D. Cal. 1955), puede ser considerado como el fundamento actual del principio, pues menciona que, “una vez absuelto o condenado por un delito por su caso en particular, el acusado debe ser capaz de considerar el asunto cerrado y planificar su vida en adelante sin temor de una acción penal posterior y un posible encarcelamiento”²⁹⁰. En Estados Unidos, el uso del principio precisa de una acusación formal ante un tribunal competente y la legítima constitución del jurado. Posteriormente, el acusado podrá requerir una sentencia, lo que supondría un impedimento para un nuevo proceso por el mismo hecho, de modo que a partir de ese momento se considera que se encuentra en *jeopardy*, conteniendo la nueva persecución. La acusación formal tiene el nombre de “*plea of former jeopardy*”, y esta no solo evita la existencia de una nueva Sentencia, sino que también detiene la posibilidad de un segundo procedimiento²⁹¹.

En la jurisprudencia española podemos encontrar referencias al *double jeopardy* estadounidense, como en la **STC 41/1997**, de 10 de marzo. En su F.J. 6, afirma: “la LECrim, en los arts. 954 y siguientes sólo admite el recurso de revisión en favor del reo, a semejanza de otros ordenamientos continentales. Que esta decisión legislativa es fruto de consideraciones constitucionales, profundamente arraigadas en el respeto a los derechos fundamentales y al valor superior de la libertad, lo pone de manifiesto el simple dato de que en la V enmienda de la Constitución norteamericana se consigna la interdicción de someter al reo a un doble juicio penal («*double jeopardy*»). Las razones que en aquel país se aducen como fundamento de esa interdicción son semejantes a las que el legislador español avanzaba, en la exposición de motivos de la LECrim, para

²⁸⁹ VIVES ANTÓN, Tomás S., *La libertad como pretexto*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 354.

²⁹⁰ “Once acquitted or convicted of a crime for his particular transaction, a defendant should be able to consider the matter closed and plan his life ahead without the threat of subsequent prosecution and possible imprisonment”. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Acumulación de sanciones penales y...*, ob. cit., p. 145.

²⁹¹ DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Acumulación de sanciones penales y...*, ob. cit., p.p. 145-146.

justificar la proscripción de la absolución en la instancia, cuyo significado es análogo al de la prohibición de la revisión «contra reo»: evitar que el ciudadano sea «víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado», evitarle las «vejaciones» que resultarían de una situación de permanente inseguridad y, en fin, no dispensarle un trato incompatible con la condición de «ciudadano de un pueblo libre». Dicha fundamentación fue utilizada por la **STC 2/2003** en su F.J. 3 b), la cual agrega que “en aplicación de esta garantía, situándola en el marco de la prohibición de incurrir en «*bis in idem*», hemos considerado que no cabe reabrir un proceso penal que ha terminado con una sentencia firme condenando por la realización de un hecho calificado de falta, con la pretensión de que el mismo se recalificara como delito, pues ello vulneraría la cosa juzgada y la prohibición de incurrir en «*bis in idem*»”.

2.3.3. La duplicidad de sanciones en diferentes formas

Como hemos tenido ocasión de observar, el principio *non bis in idem* protege de la acumulación de castigos, pero cabe resaltar que dicho principio es más complejo de lo que se podría pensar, existiendo diferentes tipos de situaciones en la configuración de las sanciones y procedimientos. Por una parte, podemos encontrarnos con la simultaneidad de las sanciones o procedimientos penales y administrativos; además puede existir la circunstancia en la que converjan dos sanciones o procedimientos penales; un tercer escenario sería cuando la sanción administrativa se imponga antes que la penal, no respetando así la prioridad de la jurisdicción de los Tribunales. En cualquier caso, lo intrincado de los tipos de duplicidad puede ser resuelto mediante Sentencias del TC.

Para el primer escenario, en donde la sentencia penal fue la primera en recaer sobre el individuo, se presupone que dicho asunto no representaría mayor problema, ya que dada esta situación, se debe evitar que recaiga la sanción administrativa, y aun si recayere, esta debe ser anulada por vía administrativa, o en su defecto en un juicio contencioso administrativo, ya que existe vulneración al ya reiterado principio *non bis*

*in idem*²⁹². El mencionado caso podemos ejemplificarlo con la ya analizada **STC 2/1981**, de 30 de enero, en donde la jurisdicción penal sanciona primero,

El segundo caso, en donde existe la dualidad de sanciones o procedimientos penales, lo podemos observar en Sentencias de TC, tales como la anteriormente mencionada **STC 154/1990**, de 15 de octubre. En ella, el TC estimó la existencia de doble sanción a una persona, en un mismo procedimiento penal. En este mismo sentido, se pronuncian las Sentencias del TC, como la **66/1986**, de 23 de mayo; **234/1991**, de 10 de diciembre; **204/1996**, de 16 de diciembre; **221/1997**, de 4 de diciembre, entre otras.

Cuando nos encontramos bajo la circunstancia en que la prohibición del *bis in idem* recae en el supuesto en el que la sanción administrativa es la primera en condenar al sujeto, y posteriormente el juez penal también sanciona firme y ejecutoriamente, creando así un problema de competencia, dentro de este contexto, la suposición más lógica sería la de anular la sanción administrativa (por ser dictada por órgano manifiestamente incompetente, artículo 62.1.b) de la LRJAP²⁹³), mediante sentencia, en donde además de anular la acción administrativa, se sancione penalmente por delito²⁹⁴. Pero la realidad es que, siguiendo la legislación española, existen dos opciones: por un lado, no sancionar, con lo que se cumpliría cabalmente el principio que nos ocupa, pero de ser así, la competencia preferencial del ámbito penal se estaría desconociendo. La otra opción es condenar con base en la competencia, lo cual conllevaría la vulneración del principio. Para esta circunstancia, el TC ha ofrecido soluciones, por lo que comentaremos dos Sentencias de especial relevancia²⁹⁵.

²⁹² “ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, Dirección del servicio jurídico del Estado”, *Manual de Derecho administrativo...*, Tomo I, 2ª ed., ob. cit., p. 339.

²⁹³ Art. 62.1.b) de la LRJAP, “Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio”.

²⁹⁴ Para los casos en que la sanción administrativa hubiese sido cumplida, podría solucionarse bien compensándola en lo posible con la pena, o bien reconociendo una indemnización al interesado.

²⁹⁵ “ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, Dirección del servicio jurídico del Estado”, *Manual de Derecho administrativo...*, Tomo I, 2ª ed., ob. cit., p.p. 339-340.

2.3.3.1. La Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre

Esta Sentencia, muy importante, se vio inmersa en dar una solución a la problemática creada a partir de la condena impuesta por los órganos judiciales penales, aún y cuando una sanción administrativa ya había sido impuesta, con lo que se trataba de dar solución a la problemática de la concurrencia de sanciones administrativas-penales sobre un mismo hecho. Dado que el Ordenamiento español no contaba con una solución apropiada, hasta que el TC dictó la Sentencia **177/1999**, no se expuso de forma clara²⁹⁶.

Las circunstancias que llevaron a la interposición del recurso de amparo fue que la Junta de Aguas de la Generalidad de Cataluña sancionó a la empresa «Industria de Recubrimiento de Metales L., SA» con una multa de un millón de pesetas, requiriéndole para que instalase una depuradora y llevase a cabo un plan de descontaminación gradual. En la resolución se estima que la empresa carecía de autorización para llevar a cabo vertidos contaminantes y que los realizados superaban los límites máximos autorizados por la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985 (LA), el Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 11 de abril de 1986 (RDPH), y la Orden del Ministerio de Obras Públicas de 11 de mayo de 1988 (OMOP), sobre calidad de las aguas superficiales destinadas a producir agua potable. La sanción no fue recurrida por la empresa, por lo que devino firme, y la multa fue abonada.

Una vez purgada la sanción, la Junta de Aguas de la Generalidad de Cataluña remitió un oficio al Jefe de la Sección de Policía Judicial de la 411 Comandancia de la Guardia Civil, en el que comunicaba la imposición de la multa y, al mismo tiempo, ponía en su conocimiento los hechos constatados, por si pudieran ser constitutivos del tipo penal previsto en el artículo 347 bis del Código Penal. La Guardia Civil remitió al Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y la Fiscalía interpuso querrela contra directivos de la empresa, por delito contra el medioambiente.

²⁹⁶ “ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, Dirección del servicio jurídico del Estado”, *Manual de Derecho administrativo...*, Tomo I, 2ª ed., ob. cit., p. 340. También, véase PARDO LÓPEZ, María Magnolia “Tutela penal y administrativa del dominio público hidráulico...” ob. cit., p. 132.

Cabe señalar que en el acto del juicio oral, celebrado ante el Juez de lo Penal núm. 22 de Barcelona, la representación del recurrente planteó, como cuestión previa a resolver en la audiencia preliminar, la vulneración del principio «*ne bis in idem*» (artículo 25.1 CE), por haber sido sancionado previamente en la vía administrativa por los mismos hechos, pretensión que fue rechazada por el Juez, quien ordenó la continuación del juicio. Por Sentencia, el Juzgado condenó al recurrente, en su condición de consejero delegado y director de la empresa, como autor de un delito contra la salud pública y el medioambiente del artículo 347 bis del Código penal, Texto Refundido de 1973, a las penas de dos meses de arresto mayor, accesorias legales de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, multa de un millón de pesetas, con arresto sustitutorio de treinta días en caso de impago y al abono de la mitad de las costas procesales²⁹⁷. No obstante, en dicha condena el Juzgado creyó pertinente, para evitar la especulación de la imposición de la doble sanción, descontar el pago de la multa penal, ya que esta había sido satisfecha por vía administrativa.

A pesar de que en la Sentencia penal se tuvo en cuenta la previa sanción administrativa, de manera insólita el TC dio prioridad al ámbito administrativo sobre la jurisdicción penal, ya que consideró pertinente anular dicha Sentencia, dando lugar a una vulneración sobre el carácter preferencial de la potestad penal. El TC alegó que dicha prevalencia de la jurisdicción penal no es más que “una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos,

²⁹⁷ En la declaración de hechos probados se hace constar, en síntesis, que en una toma de muestras realizada el 7 de febrero de 1990 en las aguas residuales que la empresa «IRM L., SA» vertía directamente a la red de alcantarillado y de ahí a la cuenca del río Congost, se comprobó que las aguas residuales contenían un elevado porcentaje de sustancias contaminantes nocivas para la salud (en especial, cianuros y níquel), que sobrepasaban ampliamente los límites de contaminación establecidos en la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 11 de abril de 1986 y en la Orden Ministerial de 11 de mayo de 1988 sobre la calidad de las aguas superficiales. En el Fundamento de Derecho primero, el Juzgado rechazó la queja formulada por la defensa del recurrente, relativa a la infracción del principio de legalidad, en su vertiente de prohibición del «*ne bis in idem*», con base en la preferencia de la actuación jurisdiccional respecto de la administrativa, pues, aun reconociendo que existía dualidad de procedimientos sancionadores, gubernativo y penal, por los mismos hechos, la no paralización por la Administración del expediente sancionador y la imposición de la sanción administrativa no podía significar la destipificación penal de los hechos, dada la preferencia de la vía jurisdiccional.

y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental”, dando así preferencia a una sanción administrativa sobre la penal.

Además, el Constitucional estimó que el incumplimiento por parte de la Administración de su responsabilidad como un órgano secundario, suspendiendo el procedimiento administrativo, “producirá, en su caso, las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero su inobservancia nunca podrá alterar el contenido del derecho fundamental al «*ne bis in idem*» del sujeto infractor (art. 25.1 CE), ajeno por completo a dicho incumplimiento, y en cuya esfera jurídica no debe repercutir el mismo”. Cabe resaltar que en sus consideraciones también manifiesta que no se trata de un conflicto entre órganos -administración/penal- lo cual se resolvería mediante criterios de prevalecía, sino que se trata de improcedencia de condena penal, ya que la Administración había ya sancionado y ejecutado, por lo que se produjo un doble resultado aflictivo²⁹⁸.

²⁹⁸ Véanse MUÑOZ CLARES, José, *Ne bis in idem y Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 160-168; “ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, Dirección del servicio jurídico del Estado”, *Manual de Derecho administrativo...*, Tomo I, 2ª ed., ob. cit., p.p. 340-341; GÓMEZ TOMILLO, Manuel/SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho administrativo sancionador...*, ob. cit., p.p. 210-216; ALONSO MAS, María José, *Prevalecía de la vía jurisdiccional penal...*, ob. cit., p.p. 53-65; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción...*, ob. cit., p.p. 119-121; SÁNCHEZ GASCÓN, Alonso, *Duplicidad de sanciones...*, ob. cit., p.p. 29-40; CUBERO MARCOS, José Ignacio, *El principio non bis in idem en Ley...*, ob. cit., p.p. 105-108; REBOLLO PUIG, Manuel y otros, *Derecho administrativo sancionador...*, ob. cit., p.p. 410-411; NAVARRO CARDOSO, Fernando, “El principio *ne bis in idem* a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999: Exposición y crítica”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, Ed. Ediciones Universidad Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001, p.p. 1217-1230; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El principio: non bis in idem...*, ob. cit., p.p. 43-44; PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La prohibición constitucional...*, ob. cit., p.p. 36-37; BOIX REIG, Javier, “La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*”, en *Homenaje...*, ob. cit., p.p. 133-135; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “Problemas generados por la dualidad sancionadora administrativa y penal en ámbito de la protección del medio ambiente” en *Problemas derivados de la delincuencia medioambiental*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p.p. 53-54; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 111; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p.p. 117-120.

2.3.3.2. La Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero

La **STC 2/2003**, de 16 de enero, es otra importante resolución sobre el *non bis in idem*²⁹⁹, la cual viene a ser la corrección de lo que ya había sentado el Constitucional como doctrina por la **STC 177/1999**, siendo en el Pleno del Tribunal en donde se decidió valorar el caso, y con ello enmendar lo hecho por la anterior Sentencia³⁰⁰.

Se trató de un asunto con bastante similitud, en donde la sanción recayó primero por el ilícito administrativo, por incumplimiento del Reglamento General de Circulación, en su artículo 20.1, al conducir un vehículo con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,4 mg por litro, por lo que se impuso una multa de cincuenta mil pesetas y suspensión de la autorización administrativa para conducir durante dos meses. Sin embargo, con antelación, ya se había iniciado un proceso penal por los mismos hechos, el cual terminó con una resolución por un delito contra la seguridad del tráfico. No obstante, la Sentencia de apelación ordena que se descuente la multa ya abonada, así como la disminución de la privación del carné de conducir. Uno de los problemas manifiestos que presentó este caso es que se dictó la sanción administrativa, cuando un procedimiento penal se encontraba abierto, de modo que el Ministerio Fiscal desapruueba que se conceda el amparo, alegando que “el demandante de amparo no ha invocado la vulneración del derecho fundamental con la prontitud requerida por el art. 44.1.c LOTC³⁰¹” en aplicación de la doctrina contenida en la **STC 152/2001**, de 2 de julio: “el recurrente, que conocía la dualidad de procedimientos desde su inicio, silenció dicha circunstancia en el procedimiento penal hasta que la sanción administrativa fue firme; de modo que cuando lo alegó en el procedimiento penal, el órgano judicial ya no podía reparar la lesión poniendo en conocimiento de la Administración la dualidad de

²⁹⁹ PARDO LÓPEZ, María Magnolia, “Tutela penal y administrativa del dominio público hidráulico...” ob. cit., p. 140; GRANADOS PÉREZ, Carlos, “La contaminación acústica como modalidad...”, ob. cit., p. 985.

³⁰⁰ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, LOTC, en su artículo 13, “Cuando una sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del pleno”.

³⁰¹ Art. 44 LOTC, Uno. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: ...C. Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

procedimientos sancionadores a efectos de su paralización, conforme determina el artículo 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (RCL 1993, 2402), que regula el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración”. No obstante, “el procedimiento penal se sustanció sin que el acusado notificara a los órganos judiciales la existencia del expediente administrativo o su resolución hasta el juicio oral, donde planteó la excepción de cosa juzgada como cuestión previa”.

Pero más allá de si el ciudadano expuso la duplicidad de procesos o no, el TC considera la inexistencia de vulneración del *bis in idem*, ya que según dicho Tribunal, el órgano judicial penal estimó deducir de la pena la sanción administrativa, con la intención de que no existiera un exceso punitivo. A ello añade que “no puede afirmarse que se hayan impuesto dos sanciones al recurrente, una en vía administrativa y otra en vía penal, pues materialmente sólo se le ha impuesto una sanción”, ya que la sanción administrativa fue absorbida por la pena. También señala que “una solución como la adoptada en este caso por el órgano judicial no puede considerarse lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en «*bis in idem*» sancionador, dado que la inexistencia de sanción desproporcionada en concreto, al haber sido descontada la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir, permite concluir que no ha habido una duplicación –*bis*– de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el art. 25.1 CE. Frente a lo sostenido en la **STC 177/1999**, de 11 de octubre (RTC 1999, 177) (F. 4), no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. En definitiva, hemos de precisar que en este caso no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción y que el derecho reconocido en el art. 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el «doble reproche afflictivo», sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto”.

Se revoca de esta manera la doctrina constitucional anterior (**STC 177/1999** y **STC 152/2001**), determinando el momento procesal oportuno y concluyendo que si se da la sanción administrativa en primer lugar, esta no puede ser motivo para que una acción penal no recaiga sobre un individuo, siempre y cuando se descuenta el importe

administrativo; no obstante, también determina la competencia exclusiva de la “jurisdicción penal para sancionar”³⁰² en estos casos de concurrencia³⁰³.

2.4. Eficacia internacional

El principio que nos ocupa ha tenido a través de los años una gran relevancia y no solo en el Derecho español, sino también en la legislación y doctrina internacional³⁰⁴. No obstante, existe poco reconocimiento de las Sentencias extranjeras en materia penal, ya que sin un acuerdo base, se las considera de poca o nula validez por cualquier

³⁰² El reconocimiento de la subordinación administrativa sobre el proceso penal también es incluida por la jurisprudencia que emite el Tribunal Supremo, como lo considera la STS de 19 de mayo 2003, RJ 2003/9109: “Será, pues, preciso conocer los hechos objeto del procedimiento administrativo sancionador y aquellos por los que se esté tramitando un proceso penal –ya sean aparentemente constitutivos de delito o falta– para apreciar si se da esa racional imposibilidad de separación que el legislador ha establecido para garantizar la prioridad del orden jurisdiccional penal sobre todos los demás. Prioridad por medio de la cual se asegura que la Administración respete los hechos que la resolución judicial firme considere probados y se evita cualquier riesgo de eventuales contradicciones. Prioridad también que garantiza al propio tiempo la no vulneración del principio «*non bis in idem*»”; además agrega que “...en lo que constituyen consecuencias objetivas del principio *non bis in idem*, tendentes a evitar que la actuación sancionatoria administrativa pueda pronunciarse antes que la jurisdicción penal sobre los mismos hechos, pudiendo ocasionar eventuales contradicciones o incluso actuaciones administrativas que interfieran o dificulten la finalidad del proceso penal”. Lo anterior citado también por las SSTs de 10 de febrero de 2004, RJ 2004/1918, y de 22 de julio de 2008, RJ 2008/4440 (“ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, Dirección del servicio jurídico del Estado”, *Manual de Derecho administrativo...*, Tomo I, 2ª ed., ob. cit., p. 339). La duplicidad de sanciones y de enjuiciamientos debe ser resuelta mediante la preferencia o prevalencia del orden jurisdiccional penal. Sin embargo, como afirma NIETO GARCÍA, dicha primacía “carece de razón de ser cuando la sanción administrativa ha sido revisada por un Tribunal contencioso-administrativo, por que en la actualidad forma parte de la Jurisdicción ordinaria o Poder Judicial en sentido propio”, pues se considera que sus resoluciones han sido emitidas por un Órgano Judicial y no por la Administración (NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 486).

³⁰³ Véanse “ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, Dirección del servicio jurídico del Estado”, *Manual de Derecho administrativo...*, Tomo I, 2ª ed., ob. cit., p.p. 341-342; MUÑOZ CLARES, José, *Ne bis in idem y Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 175-188; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El principio: non bis in idem...*, ob. cit., p.p. 67-80; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “Problemas generados por la dualidad sancionadora...”, ob. cit., p.p. 62-63; SÁNCHEZ GASCÓN, Alonso, *Duplicidad de sanciones...*, ob. cit., p.p. 41-67; CUBERO MARCOS, José Ignacio, *El principio non bis in idem en Ley...*, ob. cit., p.p. 108-112; RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge, “La doctrina del Tribunal Constitucional...”, ob. cit., p.p. 308-309; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p. 112; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p.p. 121-124.

³⁰⁴ PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La prohibición constitucional...*, ob. cit., p.p. 43-53.

sistema jurídico nacional, argumentando un ataque a su soberanía mediante la injerencia de su *ius puniendi* y el ejercicio del mismo, y complicando con ello la condición de cosa juzgada o *res judicata* de las resoluciones penales extranjeras, lo cual puede conllevar el enjuiciamiento múltiple. Hasta el momento, no existe una normativa de vinculación internacional que estipule el *non bis in idem* entre Estados, pues dicho principio solo es contemplado en Tratados de Derechos humanos o en Tratados tanto bilaterales como multilaterales sobre cooperación judicial en materia penal³⁰⁵.

En el marco internacional, el principio *non bis in idem* fue adoptado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), del 16 de diciembre de 1966, ratificado por España en 1977, dentro de su artículo 14.7, que señala que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país”, siendo asumido por el Ordenamiento español mediante los artículos 10.2 y 96.1 CE³⁰⁶, los cuales dan reconocimiento a los Tratados y Acuerdos internacionales³⁰⁷.

De igual forma, en el ámbito europeo encontramos normas que acogen al *non bis in idem*, como el Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)³⁰⁸, el cual, en su artículo 4.1, expresa que “nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales de un mismo Estado por una infracción por la que haya sido absuelto o condenado mediante sentencia firme conforme a la Ley y al

³⁰⁵ VERVAELE, John, “El principio *non bis in idem* en Europa”, en *La orden de detención y entrega Europea*, Dir. Arroyo Zapatero, Luis/Nieto Martín, Adán, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, p.p. 230-231.

³⁰⁶ El art. 10.2 CE establece que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. El art. 96.1 CE señala que “los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”.

³⁰⁷ VAN BOCKEL, Bas, *The ne bis in idem principle in EU law*, Ed. Wolters Kluwer, Geat Britain, 2010, p.p. 10-13; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El principio: non bis in idem*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 19.

³⁰⁸ España firmó este Protocolo el 23 de noviembre de 1984, mas no lo ha ratificado, por lo que no forma parte del Ordenamiento español.

procedimiento de ese Estado”³⁰⁹. Lo previsto por el artículo 4 viene a fortalecer lo establecido por los Estados miembros en sus normativas internas, mas no es una disposición que busque la vinculación entre los países europeos, por lo que no se impide el doble enjuiciamiento o doble sanción por distintos Estados³¹⁰.

El principio *non bis in idem* puede ser considerado de forma vertical u horizontal: el primero tiene un alcance interno y con fundamentos constitucionales y disposiciones internacionales, como en el PIDCP y el CEDH; en la segunda forma, el alcance es de ámbito internacional y transnacional. Sin embargo, como hemos señalado, no existe normativa alguna que imponga el *non bis in idem* de manera internacional, por lo que la prohibición del *bis in idem* en el ámbito europeo se realizaba a través del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS) de 19 de junio de 1990 (firmado por España el 30 de julio de 1993). El CAAS emplea el capítulo tercero para su desarrollo, el cual es titulado “aplicación del principio *non bis in idem*”, abarcando del artículo 54 al 58³¹¹.

Junto con las normas mencionadas, tenemos que considerar a una de las normativas más importantes (posiblemente la más): la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF) de 7 de diciembre de 2000, que en su artículo 50 establece que “nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la Ley”. En principio, la Carta no poseía naturaleza

³⁰⁹ En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversas Sentencias se ha manifestado sobre el *non bis in idem*, como en el caso Gradinger contra Austria, STEDH, 23-10-95; caso Oliveira contra Suiza, STEDH, 30-7-98; caso Franz Fischer contra Austria, STEDH, 29-5-2001; caso W. F. contra Austria, STEDH, 30-5-2002; caso Sailer contra Austria, STEDH, 6-6-2002; entre otras. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “Problemas generados por la dualidad sancionadora...”, ob. cit., p. 48.

³¹⁰ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por le mismo delito (art. 50 CDF). La regla *non bis in idem* en el Derecho procesal penal de la Unión Europea: algunas cuestiones y respuestas”, en *La justicia y la carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Dir. De la Oliva Santos, Andrés, Ed. Colex, Madrid, 2008, p.p. 169-170.

³¹¹ Veáanse, también, SANZ HERMIDA, ÁGATA M^a, “Sobre la delimitación de «los mismos hechos» en la aplicación transnacional de la prohibición del «*bis in idem*» regulada en el artículo 54 del CAAS”, en *La justicia y la carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Dir. De la Oliva Santos, Andrés, Ed. Colex, Madrid, 2008, p. 245-246; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El principio: non bis in idem...*, ob. cit., p. 19.

vinculante, pero es el Tratado de la Unión Europea (TUE), hecho en Lisboa en octubre de 2007, quien da carácter vinculante a la Carta, dado que en su artículo 6 señala que “la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la CDF, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. Como consecuencia de ello, se elevó de rango a la CDF, de modo que se ratifica como una norma europea del principio *non bis in idem*³¹².

Cabe resaltar que antes de que el CDF fuese convertido en Tratado y considerado como una normativa europea vinculante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) determinó los derechos considerables como principios de Derecho Comunitario, delineando los presupuestos, contenido y límites del *non bis in idem* en la Unión, mediante sus Sentencias y apoyándose en la normativa existente hasta entonces, esto es, la CAAS³¹³.

³¹² DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Derecho a no ser acusado o condenado..., ob. cit., p. 170.

³¹³ Podemos resaltar Sentencias del TJUE como el “Asunto Gözütok y Brügge, Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno), de 11 de febrero de 2003”; “Asunto Miraglia, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 10 de marzo de 2005”; “Asunto Van Esbroeck, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 9 de marzo de 2006”; “Asunto Van Straaten, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 28 de septiembre de 2006”; Asunto Gasparini y Otros, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 28 de septiembre de 2006”; Asunto Kretzinger, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 18 de julio de 2007”; “Asunto Kraaijenbrink, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 18 de julio de 2007”, entre otras. CEDEÑO HERNÁN, Mariana/AGUILERA MORALES, Marien, “El principio *non bis in idem* a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, en *La justicia y la carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Dir. De la Oliva Santos, Andrés, Ed. Colex, Madrid, 2008, p.p. 188-241.

CAPÍTULO III

LA PROBLEMÁTICA DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO Y SU COMPATIBILIDAD CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL

SUMARIO: 3.1. El origen del principio de legalidad; 3.2. Garantías del principio de legalidad; 3.2.1. Garantía criminal: *Nullum crimen sine lege*; 3.2.2. Garantía penal: *Nulla poena sine lege*; 3.2.3. Garantía jurisdiccional: *Nemo damnetur nisi per legale iudicium*; 3.2.4. Garantía de ejecución; 3.3. Consecuencias del principio de legalidad; 3.3.1. Reserva de la Ley en materia penal: *Lex scripta*; 3.3.2. Principio de irretroactividad de la ley penal: *Lex praevia*; 3.3.3. Prohibición de la analogía: *Lex stricta*; 3.3.4. Principio de taxatividad o determinación de la ley penal: *Lex certa*; 3.4. Normas de remisión: Leyes penales en blanco; 3.4.1. Problemática constitucional de las leyes penales en blanco; 3.4.2. Las remisiones a las Comunidades Autónomas.

3.1. El origen del principio de legalidad

El individuo debe ser protegido por el Estado de Derecho mediante sus diversas ramas jurídicas, siendo una de ellas el Derecho penal, pero también debe de considerarse la protección al individuo del Derecho penal, por lo que el Ordenamiento jurídico debe mantener limitada la prevención del delito y la potestad punitiva. Con ello se asegura al ciudadano su tutela frente a una intervención arbitraria o excesiva del “Estado Leviatán”³¹⁴. De esta manera, lo que busca el principio de legalidad en materia penal es evitar los abusos en los castigos, sustentándolo todo mediante Ley³¹⁵.

³¹⁴ El “Estado Leviatán”, ideado por HOBBS, quien lo configura como “ese gran Leviatán que llamamos república o Estado (en latín, *civitas*) que no es sino un hombre artificial, aunque de mayor estatura y robustez que el natural, para cuya protección y defensa fue instituido, y en el cual la soberanía es un alma artificial que da vida y movimiento al cuerpo entero; los magistrados y otros funcionarios de la judicatura y del poder ejecutivo, nexos artificiales; la recompensa y el castigo (mediante los cuales cada nexo y cada miembro vinculado a la sede de la soberanía es inducido a ejecutar su deber) son los nervios que hacen lo mismo en el cuerpo natural; la riqueza y la abundancia de todos los miembros particulares constituyen su potencia;

Debemos apuntar que el principio de legalidad proviene de la máxima latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es decir, ningún hecho puede ser considerado como delito ni ser penado sin que una ley anterior a su perpetración lo haya establecido. El origen del principio de legalidad no es del todo claro, y se ha manifestado que no está en el Derecho romano, ni el griego³¹⁶, ni en el germánico³¹⁷, sino que, como apunta JIMÉNEZ DE ASÚA, “surge con universalidad, como consecuencia del liberalismo del siglo XVIII, y tiene sus primeras manifestaciones en la Edad Media, en que el hombre

la *salus populi* (la salvación del pueblo) son sus negocios; los consejeros que informan sobre cuantas cosas precisa conocer, son la memoria; la equidad y las leyes, una razón y una voluntad artificiales; la concordia, es la salud; la sedición, la enfermedad; la guerra civil, la muerte. Por último, los convenios mediante los cuales las partes de este cuerpo político se crean, combinan y unen entre sí, asemejándose a aquel *fiat*, o hagamos del hombre, pronunciado por Dios en la Creación” (HOBBS, Thomas, *Del ciudadano y Leviatán*, Trad. Enrique Tierno Galván/M. Sánchez Sarto, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, p.p. 46-47). Por su parte, CÁRDENAS RIOSECO manifiesta que el “Estado Leviatán” de HOBBS, es un hombre artificial, por lo cual dicho hombre “no se hallaba sujeto a las leyes, no distingue el derecho de lo injusto y sólo conoce la fuerza y el engaño” (CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *El principio de legalidad penal*, Ed. Porrúa, México, 2009, p. 5). También FAUSTO COSTA hace una interpretación del “Estado Leviatán”, considerando que “la guerra continúa y la falta de seguridad, calamidad inseparable del estado de naturaleza, súbitamente se presenta en contraste con el fin natural del hombre, que es la conservación y el bienestar. Por esto el hombre busca la paz y para conseguirla se ve constreñido a renunciar al derecho de todos sobre todo y a ponerse de acuerdo con sus semejantes. Surge así el contrato social que supone la constitución de un poder político, capaz de garantizar su observancia. En este punto el apetito natural cesa de ser la medida del bien y del mal; y las leyes de la justicia, de gratitud, de la modestia, de la equidad y de la piedad dan un valor a los términos justo e injusto, hacen posible la distinción de lo mío y lo tuyo y determinan la desigualdad entre los hombres” (COSTA, Fausto, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, Trad. Mariano Ruiz-Funes, Ed. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1953, p.p 72-73).

³¹⁵ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Ed. Thomson-Cívitas, 3ª Reimpresión, Madrid, 2006, p. 137.

³¹⁶ Aunque existen autores como DEDES, que aseguran que el axioma *nullum crimen, nulla poena sine lege* proviene del Derecho griego, basándose en dos documentos: 1) La obra de Andokides «*Sobre los Misterios*», y 2) La carta de Pablo a los romanos. “«*Αγραφος νομος*» era la norma jurídica que aún no había sido grabada y que, por ello, no estaba en vigor. Por tanto, la finalidad principal del axioma era proteger a los ciudadanos. Ninguna ley, ninguna resolución podría entrar en vigor antes de su divulgación, y ésta tendría lugar mediante la inscripción en las tablas”. DEDES, Christos. “Sobre el origen del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*”, Trad. M. Carmen Alastuey Dobón, en *Revista de Derecho penal y criminología*, Nº 9, 2002, p.p. 141 y ss.

³¹⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad penal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 16.

aspiró a la seguridad”³¹⁸. Uno de sus orígenes se sitúa en el Derecho inglés, en el artículo 39 de la *Magna Charta* o *Charta Liberatum*, impulsada por el Rey Juan Sin Tierra en el año 1215³¹⁹. En dicho texto legal se enunciaba lo siguiente: “*Ne corpus liberi hominis capiatur nec imprisonetur, nec dissiesietur nec utlagetur nec uxuleter, nec aliquo modo destruat nec, nec eat vel mittat super eum vi, nise per iudicium parium suorum vel per legem terrae*”³²⁰. Así, autores como DE VICENTE MARTÍNEZ, afirman que con el mencionado artículo se pone el acento en el juicio legal, y en él se encuentra el origen del “*rule of law*” del Derecho anglosajón, de manera que a diferencia del principio de legalidad, que supone la supremacía de la Ley sobre los jueces, el “*rule of law*” se entiende como una garantía jurisdiccional³²¹. Por otro lado, en 1775 las Trece Colonias se rebelaron contra Gran Bretaña, concluyendo con la independencia de lo que a día de hoy es Estados Unidos de América. La Constitución de dicho país introdujo mediante su V Enmienda este principio: “No person shall... be deprived of life, liberty, or property, without due process of law...”, y también mediante la XIV Enmienda se

³¹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal. Filosofía y ley penal*, T. II, Ed. Losada, Buenos Aires, 1977, p.p. 383-384.

³¹⁹ Algunos autores han visto esta como el antecedente. Véanse, al respecto, ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, Ed. Akal/Iure, 2ª ed., Madrid, 1986, p. 109; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal...*, ob. cit., p. 383; CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *El principio de legalidad penal...*, ob. cit., p. 3; MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte general*, Ed. Bibliográfica argentina, 6ª ed., Buenos Aires, 1958, p. 63; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 138.

³²⁰ Existen estudiosos del Derecho como SCHOTTLÄNDER, que sostiene que el origen del principio no se encuentra en la Magna Charta, “*nise per iudicium parium suorum vel per legem térrea*”, poniendo en entredicho si “*vel*” significa “y”, y no “o”, pero en donde más difiere es en el significado de “*lex terrae*”. Cfr. MEZGER, Edmund, *Derecho penal...*, ob. cit., p. 63.

³²¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad...*, ob. cit., p.p. 16-17; “Difícilmente puede compararse en esta materia el derecho anglo-norteamericano con los derechos escritos, por cuanto, en virtud de la coordinación del “*Common Law*” (derecho consuetudinario), “*Statue Law*” (derecho escrito) y “*Judiciary Law*” (derecho judicial), imperan principios totalmente distintos. De tal modo, también se admite fundamentalmente el principio “*Judge made law*” (el juez crea derecho). Pero es un error deducir de este principio una facultad ilimitada del juez para crear nuevo derecho penal. El juez anglosajón está fuertemente sometido al “*Common Law*”, a la ley, a las costumbres y a las anteriores decisiones, a menudo mucho más que el juez continental. Por lo tanto, no se puede recurrir a ese juicio a efectos de una estructuración del derecho ilimitadamente “libre” (MEZGER, Edmund, *Derecho penal...*, ob. cit., p. 65).

corroborar lo precedido, “...nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law...”³²².

Pero el principio de legalidad tiene su impulso decisivo dentro del liberalismo político, desarrollándose éste en el siglo XVIII, con el movimiento ilustrado y liberal que triunfa con la Revolución francesa y la declaración de los Derechos del Hombre³²³. Y desde entonces “el pueblo pasa de ser un instrumento o sujeto pasivo del poder absoluto del monarca, a partícipe de dicho poder, controlando su ejercicio, exigiendo unas garantías y el *imperium* de la ley como expresión de la voluntad popular. Es entonces cuando el principio de legalidad adquiere la acepción política que se mantiene hoy vigente”³²⁴.

La ideología en la que se sustenta el principio de legalidad puede reflejarse por una parte, en las teorías del contrato social de ROUSSEAU: “No es bueno que el que hace leyes las ejecute, ni que el cuerpo del pueblo desvíe su atención de las cosas generales para ponerla en las particulares. Nada más peligroso que la influencia de los intereses privados en los asuntos públicos, y el abuso de las leyes por el gobierno es un mal menor que la corrupción del legislador, consecuencia infalible de los designios particulares”³²⁵, de modo que se plantea la creación de leyes por parte de un órgano

³²² CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *El principio de legalidad penal*, Ed. Porrúa, México, 2009, p.p. 3-4.

³²³ “*La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* de 26 de agosto de 1789 le presta contorno neto y preciso en el artículo 8: *Nul ne peut étre puni qu’en vertu d’une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée*” (MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, Trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1935, p. 142); MEZGER, Edmund, *Derecho penal...*, ob. cit., p. 63. “El pueblo pasa de ser un instrumento y sujeto pasivo del poder absoluto del Estado o del Monarca que lo encarna, a controlar y participar en ese poder, exigiendo unas garantías en su ejercicio, sólo entonces se añade a la idea de que el juez debe estar sujeto a la ley, la idea de que esta ley no puede ser otra que la aprobada exclusivamente por un poder legislativo que represente a los ciudadanos” (DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad...*, ob. cit., p.17).

³²⁴ ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina/ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, *Fundamentos de...*, ob. cit., p. 39.

³²⁵ “El soberano puede, en primer lugar, confiar el depósito del gobierno a todo el pueblo o a la mayor parte del pueblo, de suerte que haya más ciudadanos magistrados que ciudadanos simples particulares”. ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, Ed. Aguilar, Madrid, 1981, p.p. 68-70; “El principio de la vida política está en la autoridad soberana, El poder legislativo es el corazón del Estado; el poder ejecutivo es el cerebro, que da el movimiento a todas las partes. Puede el cerebro sufrir una parálisis y el individuo seguir viviendo. Un hombre se queda idiota y

democráticamente constituido, y no por parte del soberano³²⁶; y por otra parte, en la división de poderes de MONTESQUIEU, la cual distribuyó el poder estatal en tres órganos: el legislativo del Parlamento, el ejecutivo del Gobierno y el judicial de los Tribunales. Comparado con el Gobierno despótico, decía que este último “tiene por principio el temor; ahora bien, los pueblos tímidos, ignorantes y abatidos no necesitan muchas leyes”³²⁷. Ambos autores buscaron, por tanto, el camino para impulsar un mecanismo limitador contra el abuso y la arbitrariedad del poder³²⁸.

De manera más específica, BECCARIA se manifestó sobre el principio de legalidad penal en su obra “De los delitos y de las penas”, en donde mencionaba que “las Leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el Legislador, que representa toda Sociedad unida por el contrato social. Ningún Magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma Sociedad. Y como una pena extendida mas allá del límite señalado por las Leyes, contiene en sí la pena justa, y otra mas en la extensión, se sigue, que ningún Magistrado bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un Ciudadano delincuente”³²⁹.

Pero cabe resaltar que el principio de legalidad penal que actualmente se conoce, fue desarrollado por FEUERBACH³³⁰, así como la máxima latina que hoy en día se usa: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Dicho autor ya mencionó que “toda pena jurídica

vive, pero tan pronto como el corazón cesa en sus funciones, el animal muere”. ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, Ed. Aguilar, Madrid, 1981, p. 93.

³²⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad...*, ob. cit., p. 17.

³²⁷ “Cuando los salvajes de Luisiana quieren fruta, cortan el árbol por su pie y la cogen. Esto es el Gobierno despótico... Todo estriba en dos o tres ideas: no se precisa más. Cuando se amaestra a un animal se cuida de que no cambie de maestro, de lección ni de paso, y se impresiona su cerebro con dos o tres movimientos nada más”. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Trad. Mercedes Blázquez/Pedro de Vega, Ed. Tecnos, 4ª ed., Madrid, 1998, V, 14, p.p. 44-45.

³²⁸ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad...*, ob. cit., p.p. 17-18.

³²⁹ BECCARIA BONESANA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Ed. Comares, Granada, 1996, p. 6.

³³⁰ SAINZ CANTERO, José A., *Lecciones de Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 38-39; ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina/ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, *Fundamentos de...*, ob. cit., p. 39; SANTANA VEGA, Dulce María, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 193.

dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que conmine un mal sensible”. De ello deriva principios como: “I. Toda imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*). Por ende, sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena. II. La imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimene*). Por ende, es mediante la ley como se vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario. III. El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Consecuentemente, el mal, como resultado jurídico necesario, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada”³³¹. También cabe resaltar la opinión de MEZGER, para quien “el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es un *Palladium* de la libertad ciudadana. Sólo él proporciona a la Administración de justicia penal, que por definición lleva en sí los más grandes ataques a la libertad, al honor, al patrimonio, incluso a la vida de los ciudadanos, el fundamento legal, único que soporta nuestra conciencia jurídica”³³².

Otra contribución a la historia del principio de legalidad fue el Código penal alemán de 1871, el cual establecía en el §2: “una acción sólo puede ser castigada con una pena, si esta pena estaba determinada por la ley antes de que la acción fuese cometida”³³³.

Puede destacarse que en España, con la Constitución de Cádiz³³⁴, el principio de legalidad no fue incluido explícitamente³³⁵, incluso no existe ninguna alusión sobre el

³³¹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, Trad. Al castellano de la 14ª edición alemana (Giessen, 1847) por Eugenio Raúl Zaffaroni/ Irma Hagemeyer, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 63.

³³² MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal...*, ob. cit., p. 141.

³³³ MEZGER, Edmund, *Derecho penal...*, ob. cit., p. 63.

³³⁴ La Constitución española de 1812, conocida popularmente como la *Pepa*, fue promulgada por las Cortes Generales de España, reunidas extraordinariamente en Cádiz, el 19 de marzo de 1812. Se le ha otorgado una gran importancia histórica por tratarse de la primera constitución promulgada en España, además de ser una de las más liberales de su tiempo.

³³⁵ Antes de la Constitución de Cádiz, RUIZ ROBLEDO hace referencia a lo que el califica como “un precedente olvidado”, la petición de las Cortes Castellanas de 1592, haciendo

nullum crimen, nulla poena sine lege, pero podemos decir que deduce. Así, en su artículo 287 establecía lo siguiente: “ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del Juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión”. También la división de poderes, requisito indispensable para que pueda existir el principio de legalidad, se instituyó mediante varios artículos: “la potestad de hacer leyes reside en las Cortes con el Rey” (artículo 15), “la potestad de ejecutarlas reside en el Rey” (artículo 16), “la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley” (artículo 17). De igual forma, el artículo 242 manifestaba que “la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales”, dándose por aludida la garantía de legalidad procesal³³⁶.

Asimismo, existen instrumentos internacionales en los que se ha adoptado el principio de legalidad, destacando la Declaración Universal de los Derechos del Hombre³³⁷, que en su artículo 11.2 menciona: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho

mención de la petición 34 que hacen los procuradores de las Cortes Castellanas de 1592, la cual fue aceptada por Felipe II. En dicha petición se mantenía lo siguiente: “en las demás personas, fuera de los nobles, los jueces han tomado licencia de dalles tormento, sin guardar la orden del Derecho, así en el sustanciar del pleito, como en dalles traslado de los indicios, y también en atormenarlos con nuevos géneros de tormentos exquisitos, y que por ser tan crueles y extraordinarios que *nunca jamás los imaginó la ley*, de que se han seguido grandes inconvenientes, y que los reos forzados con la demasía y rigor de los tormentos y desesperados de sufrirlos, se hayan levantado testimonios así mismos, y culpado a otros falsamente; suplicamos a Vuestra Majestad se sirva de mandar de aquí adelante, para dar tormento a cualquier persona, *guarden los jueces puntualmente la forma de Derecho*. Y que en la calidad de los tormentos no los puedan dar por nuevas ni exquisitas maneras de tormento, sino en la forma que la ley lo tiene ordenado, pues mucho más justo es que el juez, rindiendo su entendimiento de la ley, yerre por ella, que no que procure acertar por su parecer, porque *no puede haber buen gobierno en la república sino cuando el juez executa puntualmente lo que manda la ley*”. A lo que el Rey respondió: “A esto vos respondemos, que mandaremos que se guarde lo que por derecho y leyes destos Reynos está dispuesto cerca desto” (sic). Véase RUIZ ROBLEDO, Agustín, *El Derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.47.

³³⁶ RUIZ ROBLEDO, Agustín, *El Derecho fundamental...*, ob. cit., p.p. 72-81; CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *El principio de legalidad penal...*, ob. cit., p.p. 23-24.

³³⁷ La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París, que recoge en sus 30 artículos los Derechos Humanos considerados básicos.

nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

También la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales³³⁸, en su artículo 7.1, manifiesta que “Nadie puede ser condenado por una acción u omisión que, en el momento que fue cometida, no constituía una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no puede ser impuesta una pena más severa que la que era aplicable en el momento en que se cometió la infracción”.

En este mismo sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica³³⁹ indica que “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

Hoy en día, el principio de legalidad es un pilar fundamental de las legislaciones de los países civilizados, y en España se ha reconocido mediante la Constitución y las leyes que de ella emanan, lo que estudiaremos a continuación mediante sus garantías.

3.2. Garantías del principio de legalidad

El principio de legalidad supone que la Ley es la única fuente que puede crear delitos y penas³⁴⁰, y comporta las siguientes garantías: no hay delito sin una ley previa,

³³⁸ Convención internacional hecha en Roma, por los Estados miembros del Consejo de Europa, el 4 de noviembre de 1950, relativa al reconocimiento y protección de los derechos y libertades fundamentales, ratificada por España, que la firmó el 24 de noviembre de 1977, y cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el Boletín Oficial del Estado, 243/1979, de 10 de octubre (se ratifica el Convenio con las enmiendas de los Protocolos Adicionales 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente).

³³⁹ Fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

³⁴⁰ CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *El principio de legalidad penal...*, ob. cit., p. 27; GÓMEZ PAVÓN, Pilar, “Cuestiones actuales del Derecho penal económico: El principio de legalidad y

escrita y estricta; no hay pena sin ley; la pena no puede ser impuesta sino en virtud de un juicio de acuerdo con lo previsto por la ley; y la ejecución de la pena ha de ajustarse a lo previsto en la ley. Estas distintas garantías también deben exigirse respecto a las medidas de seguridad y sus presupuestos³⁴¹, y se dividen 4 vertientes: la criminal, penal, jurisdiccional o procesal y de ejecución³⁴².

3.2.1. Garantía criminal: *Nullum crimen sine lege*

Se hace mención a la garantía criminal, *nullum crimen sine lege*, con referencia a que ninguna conducta puede ser considerada delito si no lo ha establecido así la ley penal, de manera que la ley debe tipificar en qué consiste la conducta delictiva³⁴³. Con ello, se asegura la prohibición del delito natural, no hay *delicta iuris naturales*, existiendo solamente aquellos delitos que se encuentren consagrados en la ley³⁴⁴. La ley

las remisiones normativas”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª Época, Nº extraordinario 1º, 2000, p. 427. Para HUERTA TOCILDO el principio de legalidad se constituye por “por todas aquellas exigencias que se muestran imprescindibles para poder asegurar que la libertad individual no se verá indebidamente limitada por un ejercicio arbitrario e indiscriminado del *ius puniendi*. Garantía de libertad ésta que debe preservarse a toda costa, ya que, de ignorarse, se desvirtuaría el significado liberal y democrático con que surgió el indicado principio, haciéndole perder de esta suerte sus auténticas señas de identidad” (HUERTA TOCILDO, Susana, “El Derecho fundamental a la legalidad penal”, en *Revista española de Derecho constitucional*, Nº 39, 1993, p. 84).

³⁴¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Reppertor, 9ª ed., Barcelona, 2011, p.106.

³⁴² DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad...*, ob. cit., p. 32; GÓMEZ PAVÓN, Pilar, “Cuestiones actuales del Derecho penal económico...”, ob. cit., p. 436; MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 78; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p. 44.

³⁴³ “Qualquiera accion no comprehendida entre los límites señalados, no puede ser llamada Delito, ó castigada como tal, sino que aquellos que encuentran su interes en darle este nombre” (sic). BECCARIA BONESANA, Cesare, *Tratado de los delitos...*, ob. cit., p. 14.

³⁴⁴ Por ejemplo, en la ley española de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933, no aparecía enunciada la garantía *nullum crimen sine lege*, porque precisamente se trataba de una Ley para combatir la peligrosidad sin delito. Así lo señalaba el párrafo 3º del art. 9 que «podrán estimarse como síntomas de peligrosidad los hechos reveladores de actividad antisocial, aunque no estuvieren sancionados como delictivos en el momento de la ejecución». JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal...*, ob. cit., p. 404; CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *El principio de legalidad penal...*, ob. cit. p. 28; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad...*, ob. cit., p.p. 32-33.

es el fundamento de todo delito, no se podrá castigar a ninguna persona si no tiene oportunidad de conocer lo que es delito, los delitos deben ser establecidos mediante ley, sin que los jueces puedan crearlos. No cabe definir conductas como delictivas a través de normas (administrativas) con rango inferior a la ley, procedentes del Poder Ejecutivo³⁴⁵.

Podemos encontrar la garantía criminal en el artículo 9.3 CE, el cual señala: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”; también, como derecho fundamental susceptible de amparo constitucional, en el artículo 25.1 CE, que establece: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. Igualmente, se encuentra previsto para los delitos en el CP, en sus artículos 1.1: “No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración”, y artículo 4.2: “En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal”; y para las medidas de seguridad, en los artículos 1.2: “Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley”, y de igual forma en el artículo 95: “1. Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el Capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias:

1. Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.
2. Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.

³⁴⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, Vol. I, 5ª ed., Ed. Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 489.

2. Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 96.3”.

Con ello, se viene a respaldar a la ley, producto de la democracia, siendo el Parlamento el único poder donde se pueden definir las conductas como delito o falta.

3.2.2. Garantía penal: *Nulla poena sine lege*

La garantía penal que deriva del principio de legalidad se refiere a que “no hay pena sin ley”, por lo que es imposible que se imponga una pena o medida de seguridad sin que se encuentre establecida previamente en la ley. Se cierra así, cualquier posibilidad de imposiciones de penas arbitrarias, si bien el Juez tiene la posibilidad de determinar las penas dentro de unos máximos y unos mínimos previamente establecidos por la misma ley, en función del hecho cometido³⁴⁶.

Cabe señalar que dentro de la CE, en el artículo 25.1, no se consagra expresa y directamente esta garantía, pero mediante una correcta interpretación de dicho precepto puede afirmarse su constitucionalización. Por una parte, se alude a que “nadie puede ser condenado o sancionado”, lo que significa que la protección que dicho precepto otorga a los derechos y libertades lo es en función de una condena o sanción, es decir, en relación con penas o sanciones. Si a ello unimos que la “condena o sanción debe proceder de la realización de una conducta constitutiva de delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento”, puede afirmarse, lógicamente, que en el momento de su realización, la legislación vigente debía establecer ya una pena o sanción para la misma³⁴⁷.

³⁴⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad...*, ob. cit., 33; ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina/ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, *Fundamentos de...*, ob. cit., p. 42.

³⁴⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel/QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *Artículo 25 Garantía penal*, en “Comentarios a la Constitución española de 1978, Tomo III”, Ed. Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, p.p. 133-134; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad...*, ob. cit., p. 33.

Aunque, por otra parte, la ley contempla excepcionar el régimen general, mediante reglas específicas sobre sustitución de unas penas (privativas de libertad) por otras, ello no supone una derogación de la garantía penal, dado que se encuentran contempladas en el Código penal³⁴⁸, dentro de su artículo 88: “Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente... Excepcionalmente, podrán los jueces o tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social... En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras”; también en el artículo 89 CP se recoge que: “1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España... 2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado... 4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas...”.

³⁴⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p. 493.

3.2.3. Garantía jurisdiccional: *Nemo damnetur nisi per legale iudicium*

Esta garantía se refiere a la aplicación de las normas, e implica que dicha acción sea llevada a cabo por los Tribunales de Justicia, mediante un juicio en que se cumplan todas las formalidades previstas en la ley, con lo que podemos decir que se respeta la división de poderes, ya que los delitos y las penas establecidas mediante ley, proceden de la representación de la voluntad popular soberana (poder legislativo), y la interpretación y aplicación de la ley les compete únicamente a los Tribunales de Justicia (Poder Judicial). Por lo que respecta a la legislación española, esta garantía se ve plasmada en el artículo 24 CE: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”. Cabe mencionar que en el artículo 117.3 CE también aparece plasmado, ya que menciona que “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”. Además, dentro del Código penal encontramos su consagración en el artículo 3.1: “No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”, y de igual forma, podemos encontrarlo en los artículos 1 y 2 LOPJ³⁴⁹, y también en el artículo 1 LECrim³⁵⁰. La garantía jurisdiccional

³⁴⁹ Artículo 1, LOPJ, “La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la Ley.

Artículo 2. 1. El ejercicio de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las Leyes y en los tratados internacionales. 2. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el párrafo anterior, las de Registro Civil y las demás que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho”.

persigue un proceso judicial de verificación del comportamiento delictivo, de imputación del autor y de su responsabilidad con arreglo a la ley³⁵¹.

3.2.4. Garantía de ejecución

Derivada del principio de legalidad, encontramos también la garantía de ejecución, la cual requiere que se ejecute la pena con arreglo a lo establecido dentro de la ley. También esta presente en la CE en el artículo 9.3, pero su formulación concreta se establece en el artículo 3.2 CP: “Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes”. Además, cabe mencionar que las normas que rigen para la ejecución de las penas privativas de libertad están contenidas en la Ley Orgánica General Penitenciaria (LO 1/1979, de 26 de diciembre) y su Reglamento. Si bien es cierto que no existe una referencia plena de la garantía de ejecución dentro del artículo 25.1 CE, se puede deducir indirectamente, ya que el mencionado artículo indica que la condena debe fijarse en medida de una acción u omisión y, por ello, cuando se vulnera el *quantum*, modo o la forma del cumplimiento de la pena que restrinja derechos constitucionales, se vulneraría lo dispuesto por la Carta Magna³⁵².

³⁵⁰ Artículo 1, LECrim, “No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente”.

³⁵¹ COBO DEL ROSAL, Manuel/QUINTANAR DÍEZ, Manuel, “Artículo 25 Garantía penal”..., ob. cit., p.p.134 - 135; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad*..., ob. cit., p. 34; CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *El principio de legalidad penal*..., ob. cit., p.p. 29-30; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Tirant lo blanch, 8ª ed., Valencia, 2010, p.p. 110-111; ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina/ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, *Fundamentos de...*, ob. cit., p.p. 42-43; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*..., ob. cit., p.106; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*..., ob. cit., p.p. 495-496.

³⁵² COBO DEL ROSAL, Manuel/QUINTANAR DÍEZ, Manuel, “Artículo 25 Garantía penal”..., ob. cit., p.p.136 - 137; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad*..., ob. cit., p.p. 34-35; CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *El principio de legalidad penal*..., ob. cit., p. 31; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho*

3.3. Consecuencias del principio de legalidad

Es importante señalar que el principio de legalidad se encuentra plasmado en diferentes exigencias o prohibiciones, cuya clasificación se maneja por lo general en países con tradición continental europea, dentro de una legalidad que demanda la *lex praevia*, *lex scripta*, *lex stricta* y *lex certa*³⁵³.

penal. Parte general..., ob. cit., p.p. 111-112; ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina/ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, *Fundamentos de...*, ob. cit., p. 44; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p.106.

³⁵³ CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *El principio de legalidad penal...*, ob. cit., p. 34; HUERTA TOCILDO, Susana, “El Derecho fundamental a la legalidad...”, ob. cit., p. 85; JAÉN VALLEJO, Manuel, *Los principios superiores del Derecho penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, p. 32. “Se distingue el principio de mera o lata legalidad... Mientras el axioma de *mera legalidad* se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito (*nullum poena, nullum crimen sine lege*), el principio de *estricta legalidad* exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (*nullum lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Gracias al primer principio la ley es condicionante; gracias al segundo es condicionada... Baste aquí decir que mientras el principio convencionalista de mera legalidad es una norma dirigida a los jueces, a los que prescribe que consideren delito cualquier fenómeno libremente calificado como tal por la ley, el principio cognoscitivista de estricta legalidad es una norma meta-legal dirigida al legislador, a quien prescribe una técnica específica de calificación penal idónea para garantizar, con la taxatividad de los presupuestos de la pena, la *decidibilidad de la verdad* de su enunciación. En el primer sentido (lato) el principio de legalidad se identifica con la *reserva relativa de ley*, entendiendo «ley» en el sentido formal de acto o mandato legislativo; y se limita a prescribir *la sujeción del juez a las leyes* vigentes, cualquiera que sea la formulación de sus contenidos, en la calificación jurídica de los hechos juzgados. En el segundo sentido (estricto) se identifica en cambio con la *reserva absoluta de ley*, entendiendo «ley» en el sentido sustancial de la *norma* o contenido legislativo” (FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 95). Existen varias Sentencias del Tribunal Constitucional, en donde se establecen las exigencias del principio de legalidad, y entre otras, podemos citar la **STC 151/1997**, de 29 de septiembre, donde señala que “el contenido constitucional del principio de legalidad en el ámbito penal, que se expresa en las exigencias de *ley certa, praevia, scripta et stricta*, comporta, en primer lugar, un mandato frente al legislador, el de taxatividad, según el cual han de configurarse las leyes sancionadoras llevando a cabo el «máximo esfuerzo posible» (**STC 62/1982**) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones. Como consecuencia o concreción directa de este mandato surgen una serie de prohibiciones entre las que destacan, por lo que aquí interesa, la interdicción de que el derecho infralegal opere como fuente inmediata de las infracciones y sanciones, o que unas y otras puedan establecerse o imponerse en virtud de normas consuetudinarias o, finalmente, que el derecho sancionador pueda ser creado por los Jueces”. De igual forma, en la **STC 232/1997** de 16 de diciembre, se contemplan las exigencias: “conviene señalar que este Tribunal ha establecido en reiteradas ocasiones que la interdicción de interpretaciones analógicas y extensivas in *malam partem* integra, junto a la exigencia de la tipificación de los ilícitos y las sanciones mediante *lex praevia, scripta, certa et stricta*, el contenido del principio de legalidad penal y el del correspondiente derecho fundamental del art. 25.1 de la Constitución Española”.

3.3.1. Reserva de la Ley en materia penal: *Lex scripta*

El Derecho penal debe ser considerado como Derecho positivo, rechazando el uso de la costumbre³⁵⁴ como fuente, tal y como se menciona en la frase no hay pena sin ley escrita: “*nulla poena sine lege scripta*”. De manera distinta a otras ramas del Ordenamiento Jurídico, en donde las fuentes del Derecho³⁵⁵ son “la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho” como se dispone en el artículo 1.1 del Código civil, la ley penal debe ser “escrita”. Por lo tanto, es la ley la única instancia con posibilidad de establecer las conductas delictivas y sus penas³⁵⁶. De este modo, debemos mencionar que no se trata de toda norma escrita, sino solamente de aquellas que posean la condición de ley emanada del Poder Legislativo³⁵⁷, ya que no solo se busca que exprese la voluntad popular, sino que exista un procedimiento de gestación, el cual facilita al ciudadano su conocimiento. Así pues, las leyes penales solamente

³⁵⁴ La costumbre o el *jus non scriptum* “es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es un derecho nacido consuetudinariamente, el *jus moribus constitutum*”. La costumbre mantiene dos características: 1. Se integra por un conjunto de reglas derivadas de un uso más o menos largo, 2. Dichas reglas se convierten en Derecho positivo cuando los individuos que las practican les reconocen obligatoriedad, como si se tratase de una Ley. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, 37ª ed., México, 1985, p.p. 61-62.

³⁵⁵ Dentro de la terminología jurídica, “fuente tiene tres acepciones: formales, reales e históricas... sólo nos referiremos a las fuentes formales, que de acuerdo con las opiniones más aceptadas son: la legislación, la costumbre y la jurisprudencia”. CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *El principio de legalidad penal...*, ob. cit., p. 33.

³⁵⁶ ÁLVAREZ GARCÍA mantiene que “la importancia y el fundamento de la reserva de Ley Orgánica en el campo penal emergen de forma neta en cuanto se pone el acento sobre el significado de máxima garantía que representa para el ciudadano: garantía necesaria dada la incidencia de las sanciones penales sobre el bien fundamental de la libertad personal. De ahí derivan, precisamente, las peculiaridades que en el campo de las Fuentes caracteriza al Derecho penal frente a otras ramas del Derecho” (ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier, *Sobre el principio de legalidad*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 9). Por su parte, MADRID CONESA argumenta que la costumbre tiene cierta eficacia dentro del Derecho penal “si se piensa que hay cuestiones relativas a la presencia o ausencia de responsabilidad criminal en las que por su propio contenido, es determinante todo el ordenamiento jurídico, o bien, tipos penales que utilizan conceptos provenientes de otras ramas del derecho en donde sí que se reconoce una operatividad al derecho consuetudinario” (MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1983, p. 76).

³⁵⁷ Aún y cuando el procedimiento legislativo tenga imperfecciones o errores, éste sigue siendo el medio ideal para garantizar los bienes jurídicos de las personas, y ello se justifica ya que es el único con la potestad de poder legislar en materia penal, por el hecho de su representatividad del pueblo. ÁLVAREZ GARCÍA, Fco Javier, *Sobre el principio...*, ob. cit., p.p. 9-10.

pueden ser previstas mediante un órgano legalmente establecido y en representación de la voluntad del pueblo³⁵⁸. La exclusión de la costumbre atiende a la búsqueda de fundamentación legal de la punibilidad. Pero aun con ello, la costumbre mantiene “*in bonam partem*” su virtualidad dentro del Derecho penal, ejerciendo su eficacia dentro de las causas de justificación o integrando el contenido de los elementos valorativos del tipo penal³⁵⁹.

3.3.2. Principio de irretroactividad de la ley penal: *lex praevia*

El principio de legalidad exige la prohibición de la aplicación de la ley a hechos anteriores a su entrada en vigor, ya que es indispensable que en todo momento, el ciudadano sepa si ha podido incurrir en algún delito o en alguna nueva pena, o agravamiento de alguna punición ya existente. No obstante, no se prohíbe la retroactividad de las leyes cuando estas resultan ser más favorables, suprimen algún delito o atenúan la pena³⁶⁰.

³⁵⁸ “El rechazo de la costumbre no significa que la misma no tenga relevancia alguna en el campo del Derecho penal como lo demuestra la importancia de la tarea interpretativa, especialmente en aquellas ocasiones en que, por la remisión que la misma efectúa, se la utiliza para completar o integrar el contenido o alcance de una norma” (DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad...*, ob. cit., p.p. 36-38). “El axioma “*nulla poena sine lege scripta*” (no hay pena sin ley escrita), señala en forma contundente y sin excepciones, que en el derecho penal vigente, la única fuente posible es la ley, las otras fuentes antes señaladas (costumbre y jurisprudencia), son repudiadas como fuente del derecho penal... En otras ramas del ordenamiento jurídico (no la penal), como el Código civil o el de comercio, se puede recurrir a la costumbre, no para dejar de observar la ley, pero sí para suplirla, ya que hay varios artículos que otorgan a la costumbre y al uso, el carácter de fuentes supletorias de derecho” (CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *El principio de legalidad penal...*, ob. cit., p.p. 33-34); “Quedarían excluidas como fuente de delitos y penas las normas reglamentarias emanadas del poder ejecutivo como Decretos, Órdenes Ministeriales, etc” (MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p.107); GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p. 500.

³⁵⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p. 501; ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina/ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, *Fundamentos de...*, ob. cit., p. 45.

³⁶⁰ “La irretroactividad de la ley penal no significa prohibición de retroceso en caso de que la ley posterior sea más favorable al reo que la anterior” (OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Ed. UCM, Madrid, 1981, p. 325). “La retroactividad de la ley penal más favorable para el reo no infringe el sentido limitador de la potestad punitiva que corresponde al principio de legalidad. El sujeto podría contar, cuando actuó, con determinada pena y, sin embargo, la aplicación retroactiva de la ley favorable no se oponga al significado liberal del principio de legalidad. Siendo así, resultaría inadmisibles seguir

La exigencia de irretroactividad debe valorarse como una garantía del ciudadano, vinculada con la seguridad jurídica que brinda el Estado. En efecto, dicho principio debe ser considerado como un sustento de certeza jurídica que mantienen las normas, de modo que la misma naturaleza de las leyes requiere ese carácter irretroactivo, estando dicho carácter por simple añadidura, y es que “si la norma es mandato, su previo conocimiento es condición necesaria para su cumplimiento”³⁶¹. Además, mantiene una “incalculable trascendencia política”, ya que sin la irretroactividad de las leyes “*ex post facto*”, el ciudadano podría ser sorprendido “*a posteriori*” por una norma que haya sido puesta en vigor posteriormente a los actos de éste, lo cual quebrantaría indudablemente el *nullum crimen*, y dejaría a los derechos y libertades individuales como inútiles³⁶². La irretroactividad de la ley sólo necesita que exista una ley previa, como se establece en el artículo 1 CP, en donde se requiere que las acciones antijurídicas se encuentren previstas como delito o falta en la Ley. En este sentido, el artículo 2 CP pone más énfasis a la irretroactividad: “1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad. 2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario”. Además, dentro de la Constitución española se refleja dicho principio, en su artículo 9.3: “La Constitución garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”.

aplicando la ley anterior más desfavorable para el reo cuando, ya derogada, ha dejado de considerarse necesaria para la protección de la sociedad” (MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 107); BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal...*, ob. cit., p. 82; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Delito y pena en la Jurisprudencia...*, ob. cit., p. 47.

³⁶¹ MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito...*, ob. cit., p. 82.

³⁶² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p. 504.

3.3.3. Prohibición de la analogía: *lex stricta*

La exigencia de *lex stricta* derivada del principio de legalidad protege contra la arbitrariedad y la inseguridad jurídica, debido a que demanda que los jueces no puedan castigar un supuesto no previsto en la ley, valiéndose de la similitud con otras conductas que sí se encuentran tipificadas, lo que representaría, por parte del Juez, un quebrantamiento de la división de poderes³⁶³. En este contexto, las llamadas “lagunas de Derecho”³⁶⁴ se presentan debido a que algunas acciones que deberían ser determinadas como delito o falta, han sido omitidas como tales por el legislador. En distintas ramas del Ordenamiento jurídico, no en la penal, es común que se recurra a la analogía para solucionar este tipo de carencia, de modo que se adapta una regla jurídica a los casos que no se ajustan literalmente, pero son similares, por lo que se les otorga el mismo tratamiento jurídico. La única exigencia es la similitud entre el supuesto regulado por la norma y el no regulado³⁶⁵.

Bajo estos planteamientos, podemos encontrar en el Código civil español, en su artículo 4º, el tratamiento de la analogía. Dicha norma señala que: “1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. 2. Las Leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. 3. Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras Leyes”. Por lo que, como podemos observar, la analogía en el Derecho penal esta prohibida para

³⁶³ “Se suele definir la analogía como la aplicación a un caso no previsto en la ley de una norma extraída de la misma ley (analogía legis) o del ordenamiento jurídico (analogía iuris)” (MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito...*, ob. cit., p. 59); “Si el juez pudiera castigar una determinada conducta no incriminada por la ley penal, amparándose en la semejanza existente entre dicha conducta y otra u otras sí tipificadas, se convertiría en legislador, invadiendo sus competencias y el ciudadano quedaría inerte ante el poder judicial” (DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad...*, ob. cit., p. 58); GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p. 501.

³⁶⁴ “Las normas jurídicas se dan con las notas de generalidad y abstracción para regular el mayor numero de casos posibles que se den en la vida. A pesar de estas dos notas, es imposible regular todos los problemas que pueden presentarse al jurista, apareciendo las llamas «lagunas de Derecho»”. DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad...*, ob. cit., p. 57.

³⁶⁵ *Ibidem*.

crear infracciones penales, así como también para la creación o agravación de las penas y medidas existentes³⁶⁶.

Sin embargo, cabe resaltar que existen dos tipos de analogías: *in malam partem* y analogía *in bonam partem*³⁶⁷. La primera de ellas se refiere a la aplicación en perjuicio del reo, y la segunda a su favor. Por violentar los derechos fundamentales del ciudadano, además de infringir el principio de legalidad y la seguridad jurídica, la analogía *in malam partem* queda totalmente vedada³⁶⁸.

³⁶⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad...*, ob. cit., p.p. 57-58. Como lo señala la **STC 137/1997**, de 21 de julio, y después repetido por la **STC 151/1997**, de 29 de septiembre, “la garantía de tipicidad que impide que los órganos judiciales puedan sancionar fuera de los supuestos y de los límites que determinan las normas, no es más que el reverso, el complemento y el presupuesto de la garantía de determinación que ha de preservar el legislador y, en su caso, la Administración, con unas «concretas, precisas, claras e inteligibles»”, así también en la **STC 34/1996**, de 11 de marzo, en donde sostiene que “el principio de legalidad... Exige también la tipicidad, o descripción estereotipada de las acciones o de las omisiones incriminadas, con indicación de las simétricas penas o sanciones (SSTC 2/1981 [[RTC 1981\2](#)], 37/1982 [[RTC 1982\37](#)], 62/1982 [[RTC 1982\62](#)], 182/1990 [[RTC 1990\182](#)], 102/1994 [[RTC 1994\102](#)] y 120/1994 [[RTC 1994\120](#)]) que a su vez veda la interpretación analógica de las normas penales y su aplicación extensiva (SSTC 89/1983 [[RTC 1983\89](#)], 75/1984 [[RTC 1984\75](#)], 133/1987 [[RTC 1987\133](#)], 119/1992 [[RTC 1992\119](#)] y 111/1993 [[RTC 1993\111](#)]), analogía y extensión cuya proscripción opera tan sólo para el Derecho Penal «material» y en perjuicio del acusado, *in malam partem*. Un paso adelante, con un rumbo más sustantivo que formal, nos lleva de la mano a las cualidades predicables de la norma penal, desde una concepción más profunda de la legalidad o «legislación», en su acepción constitucional, que deben ser concretas y precisas, claras e inteligibles, sin proclividad alguna a la incertidumbre, lo que se suele llamar *lex certa* y también académicamente, «taxatividad» sin que sean admisibles formulaciones tan abiertas, por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador (STC 105/1988 [[RTC 1988\105](#)])”.

³⁶⁷ MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito...*, ob. cit., p. 62.

³⁶⁸ La “analogía *in malam partem* consiste no ya en la ampliación del significado literal posible de los términos de la ley hasta hacerlos coincidir con la ratio legis, sino en una pura y llana extensión de la norma penal a hechos que no contempla, por mucho que sean similares a los en ella descritos como prohibidos. Tal operación, generalmente guiada por la buena voluntad de colmar lagunas de punibilidad que el juzgador penal entiende inadmisibles, no sólo choca frontalmente con la exigencia de reserva absoluta de ley en sentido formal sino también con la garantía de seguridad jurídica, toda vez que los ciudadanos difícilmente podrán prever el castigo por un hecho no idéntico, aunque sí semejante, al contemplado en la descripción típica” (HUERTA TOCILDO, Susana, “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, en *El principio de legalidad*, Ed. CEPC, Madrid, 2000, p.p. 46-47); OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *Sobre el concepto...*, ob. cit., p. 322; CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, “Comentario al artículo 4”, en *Comentarios al Código penal*, T.I, Dir. Manuel Cobo Del Rosal, Ed. Edersa, Madrid, 1999, p.p. 98-99; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 123; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p.p. 115-116; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad...*, ob. cit., p. 59; BARRETO ARDILA, Blanca Nélida/BARRETO

No obstante, la analogía *in bonam partem* ha generado cierta discusión, ya que parte de la doctrina no la admite, con base en que la literalidad del actual artículo 4.1 CP obliga a aplicar la Ley exclusivamente a los supuestos contemplados en el Código, por lo que no sería admisible ningún tipo de analogía (ni favorable, ni desfavorable)³⁶⁹. Por otro lado, algunos autores entienden que sólo sería admisible a partir de un precepto legal que expresamente lo indicara, siempre que la autorización para extender analógicamente preceptos favorables no fuera genérica³⁷⁰. Pero en nuestra opinión, de acuerdo con OCTAVIO DE TOLEDO, la prohibición de analogía desde la óptica del principio de legalidad ha de entenderse exclusivamente como un límite al *ius puniendi*, implicando así sólo la prohibición de exceso: “la prohibición de la analogía, por su origen en el principio de legalidad, se presenta como un *límite* al derecho *de castigar* del Estado, no como un límite al derecho de *no castigar*... es un límite al exceso (límite por arriba), no al defecto (límite por abajo). De aquí que pueda afirmarse la *prohibición de la llamada analogía in malam partem* y la *admisión de la denominada analogía in bonam partem*”³⁷¹.

ARDILA, Hernando, *Principios de Derecho penal. Límites a las funciones legislativa y judicial*, Ed. Pro Iustitia, Bogotá, 1995, p. 48.

³⁶⁹ CORDOBA RODA, Juan, “Comentario al artículo 2”, en *Comentarios al Código penal*, T. I, Ed. Ariel, Barcelona, 1972, p. 59; MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito...*, ob. cit., p. 65.

³⁷⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel/ BOIX REIG, Javier, “Garantías constitucionales del Derecho sancionador. Artículo 25”, en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, Ed. EDESA, Madrid, 1982, p. 203; CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, “Comentario al artículo 4”..., ob. cit., p. 100; ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 28.

³⁷¹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *Sobre el concepto...*, ob. cit., p. 322; también véanse HUERTA TOCILDO, Susana, “El Derecho fundamental a la legalidad...”, ob. cit., p.p. 105-106; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 34; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p.116; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Ed. PPU, Barcelona, 1994, p.p. 154-155; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p.p. 124-125; MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p.p. 90-91; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad...*, ob. cit., p.p. 60-61; BARRETO ARDILA, Blanca Nélida/BARRETO ARDILA, Hernando, *Principios de Derecho penal...*, ob. cit., p. 48.

3.3.4. Principio de taxatividad o determinación de la ley penal: *Lex certa*

El principio de legalidad también protege las garantías de los ciudadanos mediante la eliminación del *ius incertum*. De esta manera, lo que se busca es la determinación o concreción de la ley penal, siendo un presupuesto fundamental para la seguridad jurídica, ya que conlleva la fijación con precisión y certeza de los presupuestos y las consecuencias de una determinada conducta³⁷². En este sentido, la ley podrá ser considerada acorde con el principio de legalidad cuando esta contenga una descripción de las prohibiciones y de las sanciones previstas para su violación que se pueda considerar como exhaustiva³⁷³.

La exigencia *lex certa* también es conocida como principio de taxatividad o determinación de la ley penal, y junto con lo ya descrito, podemos decir que ésta reclama que los textos en donde se plasman las normas sancionadoras pormenoricen, con suficiente detalle, las conductas que se entienden como prohibidas, así como también las sanciones que se impondrán en caso de incumplirlas. La taxatividad, como menciona BRICOLA, debe ser una exigencia para que, por el grado de determinación de la conducta típica, pueda ser conocido por el ciudadano medio lo que se está considerando como objeto de prohibición³⁷⁴. Por lo tanto, la Ley penal se debe

³⁷² RUIZ ROBLEDO, Agustín, *El Derecho fundamental...*, ob. cit., p. 205; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Delito y pena en la Jurisprudencia...*, ob. cit., p. 23.

³⁷³ “En principio, serán exhaustivas aquellas disposiciones que contengan todos los presupuestos que condicionan la pena y determinen la consecuencia jurídica. La cuestión de cuándo un precepto contiene todos los presupuestos que condicionan la pena puede ser contestada desde dos puntos de vista distintos, según que se piense que se trata de una enumeración expresa de los elementos, o bien que se admita que ésta puede ser implícita. En este último caso estaría cumplida la exigencia del principio de legalidad siempre que la ley brindara los criterios que permitieran deducir el elemento de la infracción de que se trate. Así por ejemplo, está implícito en las leyes penales cuáles son los elementos del dolo y cuáles los conocimientos que debe haber tenido el autor. Bajo estas condiciones, la opinión dominante tiene cumplidas las exigencias del principio de legalidad cuando algunos elementos de la descripción de la infracción se dan solo implícitamente en el texto. Asimismo se tiene por cumplidas las exigencias de exhaustividad del principio de legalidad aunque el legislador utilice elementos normativos, es decir, elementos que requieren valoraciones judiciales. Por ejemplo: Obscenidad en el art. 185 CP”. BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal...*, ob. cit., p. 75.

³⁷⁴ “Il carattere logico del limite permane sia in rapporto ad una concezione rigorosamente imperativa che ravvisa nella norma penale un effettivo comando, sia in rapporto ad una concezione imperativa attenuata che vede in essa, facendo leva soprattutto sull’art. 5cp, solo un precetto destinato a funzionare come comando. In ogni caso la norma penale deve essere idonea a porre il cittadino imputabile – e le norme incriminatrici sono tutte strutturate nel presupposto

caracterizar por ser precisa y bien determinada, una *lex certa*, “pues sólo así podrá saber el ciudadano qué es lo que puede hacer (ámbito de lo lícito) y qué es lo que no puede hacer (ámbito de lo penalmente prohibido), así como qué le sucederá (forma y característica de la reacción penal) si realiza una conducta penalmente prohibida; al mismo tiempo, el Juez podrá reconocer lo que debe sancionar y cómo”³⁷⁵.

3.4. Normas de remisión: Leyes penales en blanco

Junto con lo previamente descrito, tenemos que referirnos a un tema que se encuentra íntimamente ligado con el principio de legalidad: las llamadas “leyes penales en blanco”. Podemos decir que las leyes penales en blanco son aquellas que se remiten a otras normas que no son de carácter penal, cubriendo así el vacío dejado en la ley penal³⁷⁶. Correctamente, RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ han clasificado a estas leyes como “leyes necesitadas de complemento”³⁷⁷.

della normalità fisio-psichica del destinatario – in grado di conoscere l’oggetto del divieto, ovvero il confine tra le zone di liceità e di illiceità penale.” BRICOLA, Franco, *La discrezionalità nel diritto penale*, Ed. Multa Paucis AG, Milano, 1965, p.p. 292-293.

³⁷⁵ JAÉN VALLEJO, Manuel, *Los principios superiores del Derecho penal...*, ob. cit., p. 23. “La palabra escrita, en general –el lenguaje de la ley, en particular—representan serios condicionamientos y limitaciones a las expectativas de máxima claridad y certidumbre, porque el idioma es siempre un medio de expresión que cambia con el tiempo y las circunstancias, poco preciso, imperfecto. Lo propio sucede con la ley, instrumento insustituible, que padece una permanente tensión entre dos necesidades antagónicas, generalizar y concretar, justicia material y seguridad jurídica, describir y valorar; entre matemática penal y el árbitro judicial”. El Tribunal Constitucional ha declarado en Sentencias como la **151/1997**, de 29 de septiembre: “el derecho a la legalidad sancionadora debe partir del respeto judicial y, en su caso, administrativo a las palabras de la norma, al significado literal o textual del enunciado que transmite la proposición normativa, pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios. Este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad, pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y remiten implícitamente a una realidad valorativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993 [*RTC 1993\111*]), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (ya en la STC 62/1982; recientemente, STC 53/1994 [*RTC 1994\53*])” (véase GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 509-510).

³⁷⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 66; GARCÍA ARAN, Mercedes, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma”, en *Estudios penales y criminológicos*, N°16, Universidad de Santiago de Compostela, 1996, p. 66; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p. 408;

Cabe resaltar que las leyes penales se componen de dos partes: la definición del supuesto de hecho punible y el establecimiento de la consecuencia jurídica o sanción. Por lo general, cuando nos encontramos ante una ley penal en blanco, una parte de la composición penal se encuentra plasmada en una norma distinta, siendo usualmente la definición del supuesto de hecho³⁷⁸. En este sentido, podemos encontrar diversos artículos en el Código penal que muestran lo dicho, como por ejemplo, el artículo 325 CP³⁷⁹, que establece: “Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, *contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente...*”, remitiendo así, a otras normas para completar el supuesto de hecho de la norma penal³⁸⁰.

MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 30.

³⁷⁷ RODRÍGUEZ DEVERSA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte general*, Ed. Dykinson, 18ª ed., Madrid, 1995, p. 188.

³⁷⁸ Para GÓMEZ PAVÓN, se debe diferenciar entre ley penal en blanco y remisiones normativas; en las leyes penales en blanco nos encontramos ante un carácter expícito, complementando o conformando el supuesto típico; mientras que los elementos normativos son de carácter expícito, desempeñando una función interpretativa. GÓMEZ PAVÓN, Pilar, “Cuestiones actuales del Derecho penal económico...”, ob. cit., p.p. 457-458.

³⁷⁹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Protección penal del agua”, en *Cuadernos de política criminal*, Nº 82, 2004, p. 64; MORALES PRATS, Fermín, “El delito de contaminación ambiental: análisis del artículo 325.1 CP. La relación entre el Derecho penal y Derecho administrativo medioambiental”, en *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 1054; MORALES PRATS, Fermín, “La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley penal en blanco y concepto de peligro”, en *Estudios jurídicos. En memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, V. II, Universidad de Valencia, Valencia, 1997, p. 479.

³⁸⁰ Autores como MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN mantienen que dentro de la legislación penal española es necesaria tal remisión a disposiciones administrativas, debido a lo complejo y cambiante de las materias (sanitaria, laboral, medioambiental, etc.), en buena lógica por los múltiples matices de la conducta punible, y que es imposible recogerlos en el CP; por ello es indispensable el traslado normativo. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 112-113. Por ejemplo, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 octubre 1990, **RJ 1990/8006**, hace una definición y considera que “las leyes penales en blanco o leyes necesitadas de complemento (en el Código Penal hay numerosos ejemplos de preceptos de este orden), que son aquellas que fijan la sanción pero no el delito, cuya determinación se deja en todo o en parte a otra disposición, bien del mismo o distinto rango y, ninguna razón existe para que no se aplique el mismo criterio cuando de infracción administrativa sancionadora se trate, aunque a partir de la vigencia de la Constitución para tipificar hechos como infracciones sancionables hayan de tener cobertura legal”. De igual forma, en la **STC 127/1990**, de 5 de julio, define las normas penales en blanco, argumentando

El principio de legalidad mantiene especial relación con las leyes penales en blanco, debido a la problemática que plantea la remisión a disposiciones de rango inferior al de la ley penal, lo que puede infringir la reserva de Ley Orgánica que afecta a las leyes penales³⁸¹. Según el concepto que creó BINDING, la ley penal en blanco (*Blankettstrafgesetze*) o leyes abiertas (*offen Strafgesetze*), es una autorización o delegación de un órgano legislativo superior hacia un órgano de jerarquía inferior: “la norma resultante es sólo válida, desde el punto de vista de la jerarquía de las fuentes, por virtud de la autorización concedida por la ley penal en blanco”³⁸². Por su parte, GARCÍA-PABLOS argumenta que se trata “de un genuino problema de jerarquía de fuentes, propio de los sistemas federales, que obliga a cuestionar la legalidad y alcance de ciertas autorizaciones a órganos de rango inferior”³⁸³. Para GARCÍA ARÁN, “el concepto estricto de norma penal en blanco se corresponde con el de aquélla que se remite a una norma extrapenal de rango inferior, que de esta forma interviene en la definición de la conducta prohibida”³⁸⁴. BALDOMINO DÍAZ afirma que “la regulación, admisibilidad y límites de los tipos penales en blanco sólo es posible respetando el *nullum crimen poena sine lege*”; además, agrega el autor, “su utilización

que son “normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta”.

³⁸¹ MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 112; GÓMEZ PAVÓN, Pilar, “Cuestiones actuales del Derecho penal económico...”, ob. cit., p. 461.

³⁸² “En su origen dicha noción sirvió en Alemania para explicar los casos en que la ley del Imperio (Código penal del *Reich*) dejaba la determinación del supuesto del hecho en manos de los Estados (*Länder*) o de los municipios” (véase MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Ed. B de F, 2ª ed., Buenos Aires, 2002, p.p. 36-37). Lo anterior es posible dentro de países que mantengan un sistema confederal, por lo que BINDING manifestó la existencia de otros, “son aquéllos en los que dicha norma determina, únicamente, la sanción, sin formular el precepto a que tal prohibición genérica se asocia, el cual deberá ser «definido» o «especificado» por otro acto legislativo (reglamento, orden, etc.)” (véase STAMPA BRAUN, José Mª, *Introducción a la ciencia de Derecho penal*, Ed. Miñon, Valladolid, 1953, p. 30). Así, según BINDING, una de las características que poseen las leyes penales en blanco es que el precepto no repite de la norma la definición del acto punible, siendo más bien una letra firmada en blanco, y su contenido se llena con diversas normas (véase JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal...*, ob. cit., p. 349).

³⁸³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p. 409.

³⁸⁴ GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco...”, ob. cit., p. 66.

sólo es aceptable cuando sea necesaria por razones de técnica legislativa, por el carácter extraordinariamente cambiante, flexible o complejo de la materia objeto de regulación, por la evolución social y económica de la sociedad”³⁸⁵. El que se usen las leyes penales en blanco es considerado por autores como CÁRDENAS RIOSECO, como un “mal necesario”, excusando su uso con argumentos como: 1) Las técnicas, que derivan de la complejidad de ciertos delitos que requieren de remisiones normativas; 2) Que evitan el anquilosamiento del Derecho penal, que debe evolucionar al ritmo de los tiempos, en materias científicas, técnicas, económicas, medioambiente, bursátiles, etc., y 3) La necesidad de castigar nuevas formas de criminalidad, ya que el binomio de corte exclusivamente liberal, que describe conductas con precisión en el mismo tipo penal, se ha vuelto insuficiente³⁸⁶.

Para aumentar e impulsar el concepto de las remisiones de las leyes en blanco, MEZGER las clasificó admitiendo tres categorías³⁸⁷:

- 1) El complemento se halla en la misma ley. Dentro de la legislación española podemos ejemplificar el artículo 395 CP (sobre falsificación de documentos privados), el cual remite al artículo 390 CP (sobre falsificación de documentos públicos);
- 2) Se encuentra en otras leyes, pero emanadas de la misma instancia legislativa. Por ejemplo, el delito de aborto, en el artículo 145 CP, el cual remite a la LO 2/2010, de 3 de marzo, sobre salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, estableciendo los casos permitidos en dicha Ley;
- 3) Está contenido en otra norma procedente de otra instancia legislativa, por ejemplo, un Reglamento.

³⁸⁵ BALDOMINO DÍAZ, Raúl A., “(Ir)retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una ley penal en blanco”, en *Política criminal*, N° 7, Chile, 2009, p. 2.

³⁸⁶ CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *El principio de legalidad penal...*, ob. cit., p. 44.

³⁸⁷ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal...*, ob. cit., p. 349; MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, ob. cit., p. 37; STAMPA BRAUN, José Mª, *Introducción a la ciencia...*, ob. cit., p. 32.

En este sentido, RODRÍGUEZ DEvesa y SERRANO GÓMEZ aceptan esta diferenciación, pero manifiestan que en el tercer caso se trata de “una cuestión de técnica legislativa, muy dudosa”, debido a que esta conlleva una remisión a las normas administrativas para que se decida cuando alguna conducta mantiene la relación con lo estipulado en la ley³⁸⁸.

Cabe resaltar que autores, como JIMÉNEZ DE ASÚA, expusieron otra diferenciación de las leyes penales en blanco, recogiendo las opiniones de distintos autores y planteando lo siguiente³⁸⁹: a) Se vincula la propiedad de las leyes en blanco a que la declaración de antijuridicidad se halle diferida a terceras autoridades³⁹⁰; b) El complemento de la ley penal en blanco se halla contenido en la misma ley³⁹¹; c) El complemento de la ley penal en blanco se halla contenido en otra ley, emanada de la misma instancia legislativa³⁹²; d) El complemento de la ley en blanco se halla atribuido a otra instancia legiferante o autoridad³⁹³; e) La ley en blanco al revés³⁹⁴. A lo anterior,

³⁸⁸ RODRÍGUEZ DEvesa, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español...*, ob. cit., p. 189.

³⁸⁹ Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 349-353.

³⁹⁰ Un ejemplo de ello puede verse en el art. 128 CP de 1944, el cual establecía que “*el que con actos ilegales o que no estén autorizados competentemente*, provocare o diere motivo a una declaración de guerra”. También el art. 133 CP de 1944, indicando que “*el que sin autorización bastante* levantara tropas o destinare buques al corso. Con lo que de una forma u otra aluden a la antijuridicidad de la conducta.

³⁹¹ Una técnica frecuente en que éstas formulan en primer término la prohibición legal y después, en otro artículo de la ley, sancionan con una pena los ataques contra el precepto establecido.

³⁹² JIMÉNEZ DE ASÚA pone de manifiesto un ejemplo para esta clase ley en blanco, y es que en el CP de 1932 se encontraba el artículo 130, el cual castigaba un tipo de traición cometido por el Presidente de la República, los Ministros y las autoridades, que se completaba por el artículo 14 de la Constitución republicana; además, el artículo 151 del mismo Código, en sus cinco numerales, penaba los delitos contra la Constitución, encontrándose su complemento en los artículos 58, 59, 81, 83 y 80 del Código fundamental.

³⁹³ Esta forma de ley en blanco, según BINDING, se distingue: a) porque la prohibición cuya trasgresión se castiga, proviene de una autoridad policíaca de un Estado o lugar o de otra autoridad o de la legislación local; b) porque el Derecho local decide a qué autoridad compete la sanción de la norma; c) porque esa disposición prohibitiva puede sólo producirse después de la ley penal, que mientras tanto “busca su alma como un cuerpo errante”; d) porque depende del arbitrio de la autoridad correspondiente, lo que se escriba sobre el documento en blanco. Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 349-353

³⁹⁴ Se define como aquella en donde la parte no fijada es la pena, en vez del tipo. Un ejemplo muy claro es el art. 4 de la ley sobre “fuentes del derecho”, emanada del Estado de la Ciudad del

dicho autor manifestó su inconformidad con el planteamiento hecho por MEZGER, negando el carácter de la ley penal en blanco cuando el complemento se encuentra dentro de la misma ley, llamando estas remisiones “caso impropio o *lato sensu*”, y reservándose la estrictez o rigurosidad de las leyes en blanco para los supuestos en los que el complemento corresponde a otra instancia legislativa o a la autoridad.

Cabe destacar la distinción hecha por GARCÍA ARÁN, que no ha tenido gran repercusión dogmática. Dicha autora argumentó dos formas básicas de remisión: las remisiones en bloque y las remisiones interpretativas. La primera, la planteó como “aquella en la que la infracción de la normativa administrativa se convierte en un elemento típico”; la segunda, como “aquellas en las que la normativa extrapenal es necesaria para interpretar o integrar un elemento típico”³⁹⁵.

En nuestra opinión, sin perjuicio de que esta distinción no es incorrecta, resulta más conveniente acoger la definición que ha tenido mayor aceptación y que determina mayores repercusiones a estos efectos, como hemos manifestado. Tenemos que hacer hincapié en que el fundamento de este concepto, no sólo es una cuestión de mera técnica legislativa, tratándose de un procedimiento provisto de significación política, vinculado al principio de legalidad³⁹⁶. Uno de los mayores problemas que se plantean por el uso de esta técnica es la posible infracción de la garantía formal, que se encuentra dentro del principio de legalidad, pues la definición de la pena y los delitos se encuentran sujetos a la reserva de ley, por lo que la intromisión de las normas administrativas implicaría un sometimiento de las normas penales a normas de rango inferior. Además, se ha mencionado que la garantía material, que también parte del principio de legalidad, es infringida debido a que el rango normativo que se demanda en el Derecho penal no se

Vaticano, de 7 de junio de 1929, la cual dispone que el atentado a los Jefes de Estado y a los Jefes de Gobierno de Estados extranjeros, será castigado con la misma pena con la que sería penado, si el hecho fuere cometido en el territorio del Estado al cual pertenece la persona contra la cual va dirigido el hecho. A esto MIR PUIG considera que “si la remisión tiene lugar a instancia inferior se renuncia a la exclusividad en la precisa fijación de la pena que, como garantía constitucional, corresponde indeclinablemente a la ley”. MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, ob. cit., p. 40.

³⁹⁵ GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco...”, ob. cit., p.p. 71-72.

³⁹⁶ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases...*, ob. cit., p.p. 38-39.

requiere por exigencias formalistas, sino que es parte de su contenido material, no siendo solo suficiente con la definición y sanción de los hechos punibles dentro de una norma con el rango adecuado, sino que además, debe poseer la suficiente taxatividad para cumplir con el principio de certeza y la predeterminación normativa³⁹⁷.

De esta manera, la conservación incondicional de dichas garantías significaría cerrar toda oportunidad de remisión de las normas penales a otras de distinto rango. En este sentido, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN las tachan de “cuestionables”, refiriéndose al sometimiento de las normas de rango inferior a la Ley orgánica, al

³⁹⁷ GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco..., ob. cit., p.p. 81-82. En este contexto, la **STC 3/1988**, de 21 de enero, mantiene que “a efectos de resolver la duda planteada por la Audiencia Territorial de Valencia en relación con la posible vulneración de lo previsto en el art. 86.1 C. E., ha de recordarse que, para delimitar el sentido del art. 25.1 C. E., el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el significado del término «legislación vigente» en el contenido («nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento») señalando que, en el aspecto penal, constitucionaliza el principio de legalidad de manera tal que prohíbe que la punibilidad de una acción u omisión esté basada en norma distinta o de rango inferior a la legislativa (STC 8/1981, de 30 de marzo, fundamento jurídico 3.º), que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (STC 18/1981, de 8 de junio, fundamento jurídico 2.º), y que, en consecuencia, la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el art. 25.1 el límite consistente en el principio de legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, como consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan”. También se puede observar la **STC 150/1989**, de 25 de septiembre, la cual considera que “el principio de legalidad penal reconocido en el art. 25.1 de la Constitución es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador. En este sentido se vincula, ante todo, con el imperio de la Ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también en el derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica -SSTC 62/1982 (RTC 1982\62) y 133/1987 (RTC 1987\133)-, así como con la prohibición de la arbitrariedad y en el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan el art. 24.2 y el art. 117.1 de la C. E., especialmente cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están «sometidos únicamente al imperio de la Ley». En concreto, el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador conforme a reiterada doctrina de este Tribunal -entre otras, SSTC 159/1986 (RTC 1986\159), 42/1987 (RTC 1987\42) y 133/1987 (RTC 1987\133)-, comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la existencia de una ley (lex scripta): que la Ley sea anterior al hecho sancionado (lex previa); y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa). La segunda garantía, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras, por cuanto, como este Tribunal ha afirmado reiteradamente, el término «legislación vigente» contenido en dicho art. 25.1 de la C. E. es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora”.

principio de legalidad y al de irretroactividad de la Ley penal³⁹⁸. Por su parte, RODRÍGUEZ RAMOS plantea la pregunta siguiente: ¿Será constitucionalmente correcto que una norma penal, con rango de Ley orgánica, dependa en la determinación de su contenido de otras leyes no orgánicas o, incluso, de disposiciones de rango inferior a la ley?³⁹⁹

Junto con lo anteriormente descrito, podemos agregar que la admisibilidad de las leyes en blanco para regular diversas materias, se percibe con distintas dificultades. Según DOVAL PAIS, la lucha que se mantiene por su aceptación se ve reflejada en los intereses de garantía y de prevención; teniendo a los primeros como referencia de criterios limitativos de la intervención penal, a través de la defensa de la libertad de los ciudadanos; y a los segundos como directrices expansivas del ordenamiento punitivo, las cuales deben de estar adecuadamente argumentadas mediante razones de proporcionalidad. Para el mencionado autor, la problemática que mantienen las leyes penales en blanco, en cuanto a la intervención, revela una dificultad que según él, sólo se puede resolver mediante dos posibilidades: “bien la constante modificación de una ley penal que haya sido formulada de acuerdo con las exigencias que se extraen del principio de legalidad, bien la formulación en la ley penal de sólo un «marco regulativo» más o menos amplio, confiando aquellos aspectos «de contenido» que sean los más dependientes del dinamismo de la materia a otras normas que vendrían a completarlo”⁴⁰⁰.

³⁹⁸ COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 207.

³⁹⁹ Dicho autor mantiene dos consideraciones para poder usar las leyes en blanco: “la primera se refiere a la perfecta instrumentalización de las leyes penales en blanco, a la hora de delimitar el ámbito de lo ilícito, pues si la remisión es adecuada, la certeza y seguridad de la descripción puede incluso superar otras en las que no existan elementos normativos; por otra parte, y ésta es la segunda reflexión, en ocasiones la norma penal debe de actuar en auxilio de otras normas, como mejor camino para defender bienes jurídicos que reclaman protección penal, por lo que se convierte en prácticamente imprescindible la técnica de la ley penal en blanco como instrumento descriptivo a través de la utilización de elementos normativos del tipo. En consecuencia, si el legislador penal puede utilizar elementos directamente descriptivos para determinar el contenido de sus preceptos, no existen razones contrarias a que, si la protección de determinados bienes jurídicos lo requiere, utilice también elementos normativos mediante la remisión a otras disposiciones no penales”. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “Reserva de ley orgánica para las normas penales”, en *Comentarios a la legislación penal*, Dir. Cobo Del Rosal, Manuel, Ed. EDESA, Madrid, 1982, p. 306.

⁴⁰⁰ DOVAL PAIS, Antonio, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p.p. 138-139.

De esta manera, GARCÍA-PABLOS sostiene que es “evidente la razón de ser de esta técnica legislativa”, debido a la vinculación de determinadas materias jurídicas, particularmente dinámicas, pero además supeditadas a circunstancias histórico-sociales (sanidad, orden económico, etc.) o a su tecnicismo (genética, medioambiente, energía nuclear, etc.), de manera que las normas extra-penales son las que pueden asegurar su debido y preciso tratamiento. Estos sectores que se mantienen en constante cambio, no deben incluirse en la ley penal, debido a que sufrirían un grave deterioro legislativo, por la inestabilidad de la misma. Bajo estos planteamientos, nos encontramos ante dos posibilidades: una constante modificación de la normativa penal o petrificación de la misma, por lo que en este contexto, parece que la ley penal debe considerarse como el marco, delegando en autoridades o instancias inferiores la determinación del contenido⁴⁰¹. En efecto, el Derecho penal debe asumir la tutela de bienes jurídicos de reciente creación, además de los que se consideran complejos, como es el caso del medioambiente, ordenación del territorio, ámbito financiero y societario, etc. En dichas materias, a nuestro juicio, la ley penal en blanco aparece como una técnica legislativa necesaria para la apertura del Derecho penal a los distintos ámbitos de regulación. Así, podríamos entender a las leyes penales en blanco como “un mecanismo de integración o interrelación” del Derecho penal en los modelos institucionales de organización y control de determinados sectores de actividades complejas⁴⁰².

⁴⁰¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 412-413.

⁴⁰² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, y Otros, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 59. Debemos hacer mención a la opinión de CURY URZÚA, quien expresa que “las normas complementarias de la ley penal en blanco deben recibir una publicidad semejante a la de ésta, aun cuando se encuentren consagradas en un instrumento legislativo de jerarquía inferior que, en otras circunstancias, no estaría sometiendo a ese trámite. En la práctica esto significa que deben ser publicadas en el Diario Oficial. Como es evidente, sólo de esta manera cobra sentido la advertencia contenida en la ley en blanco, franqueando al ciudadano la posibilidad de informarse, por los conductos en que acostumbra hacerlo, sobre cuáles son las formas de la conducta prohibida y permitida respectivamente” (CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Universidad Católica de Chile, 7ª ed., Santiago, 2005, p. 181).

3.4.1. Problemática constitucional de las leyes penales en blanco

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca de las leyes penales en blanco y su aceptación se condiciona solo a ciertos casos, siempre y cuando se cumplan determinados requerimientos en su formulación⁴⁰³. Dicho Tribunal, por lo tanto, ha emitido declaraciones en donde manifiesta la aceptación de la técnica legislativa que hemos venido mencionando; por ejemplo, en la **STC 77/1985**, de 17 de julio, la cual hace mención a que “*la posibilidad constitucional de una tal relación, en la que el Reglamento es llamado por la Ley para integrar de diverso modo sus mandatos, no queda excluida en el caso de las reservas a Ley orgánica presentes en el art. 81, núm. 1, y en otros preceptos de la C. E., y siempre, como es claro y exigible para cualquier caso de reserva, que la remisión a Reglamento no suponga deferir a la normación del Gobierno el objeto mismo reservado, que es el «desarrollo» de un derecho fundamental... Cuando este «desarrollo» lo haya realizado cumplidamente el legislador, como sucede en el presente proyecto de Ley orgánica, la remisión al Reglamento no será, sólo por ello, inconstitucional, y hasta ha de decidirse que esa misma remisión resultará, en muchos casos, debida u obligada por la naturaleza de las cosas, pues no hay Ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias*”.

Por su parte, la **STC 3/1988**, de 21 de enero, afirmó que “...este Tribunal ha confirmado que *es necesario*, para cumplir con lo querido en el art. 25.1 C. E., *que se predeterminen en la norma legal, las conductas ilícitas y las correspondientes sanciones*. Ahora bien, también ha señalado el Tribunal Constitucional [STC 42/1987, de 7 de abril -(RTC 1987\42)-, fundamento jurídico 2.º] que el alcance de esa reserva de ley «*no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto*, bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias (STC 2/1987, de 21 de enero) (RTC 1987\2), bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales (STC 87/1985, de 16 de julio) (RTC 1985\87) o

⁴⁰³ DOVAL PAIS, Antonio, *Posibilidades y límites para la formulación...*, ob. cit., p. 140.

materiales». El mandato del art. 25.1 determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, pero no excluye que esa norma contenga remisiones a normas reglamentarias, siempre que en aquella queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica (de tal manera que sólo sean infracciones las acciones u omisiones subsumibles en la norma con rango de ley) y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer. El art. 25.1 C. E., pues, *prohíbe la remisión al reglamento que «haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley»* (STC 83/1984, de 24 de julio) (RTC 1984\83), *pero no impide la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora*”.

Como podemos observar, en las **SSTC 77/1985** y **3/1988**, la ley penal en blanco se acepta, e incluso se afirma que en algunos casos resulta “debida u obligada”, ya que el Derecho penal por sí sólo no puede abarcar, por lo que “se permite la colaboración reglamentaria”.

Además, debemos mencionar que el Tribunal Constitucional ha admitido que hay condiciones a las exigencias material y formal del principio de legalidad, y es ahí donde se encuentra la justificación para el uso de las leyes penales en blanco. Así lo entiende DOVAL PAÍS, mencionando que el TC lo esclarece cuando maneja los requisitos de orden formal, primordialmente cuando se hace mención al problema de la eventual “deslegalización y violación” de la reserva de ley que conllevan las remisiones a otras normativas desde el orden penal, aceptando una disminución de severidad de las exigencias materiales, sobre todo las que se refieren a la predeterminación por la ley penal de todos los aspectos relativos a las conductas prohibidas. Cabe resaltar el reconocimiento que se ha hecho hacía las limitaciones a las exigencias de orden formal implicando también a las materiales⁴⁰⁴. Como lo recoge la **STC 118/1992**, de 16 de

⁴⁰⁴ DOVAL PAÍS, Antonio, *Posibilidades y límites para la formulación...*, ob. cit., p.p. 157-158. Sobre la reserva de Ley orgánica, la **STC 140/1986**, de 11 de noviembre, afirma: “...el argumento de que el art. 81.1 de la Constitución establece una reserva de Ley Orgánica para las leyes que desarrollan o limitan los derechos fundamentales y las libertades públicas, entre las cuales se incluyen las leyes penales que definen los delitos y establecen las penas correspondientes, pues las mismas limitan el derecho fundamental a la libertad personal reconocido en el art. 17.1 de la misma Constitución, siendo por ello inconstitucionales cuando no revistan la forma de Ley Orgánica, como ocurre con la Ley 40/1979, de Control de Cambios; y por tanto vulneran el referido derecho las Sentencias condenatorias que se dicten en aplicación de las mismas, ya que mediante ellas se impone privación de libertad al margen de la garantía de

septiembre, la garantía de la reserva de Ley orgánica no necesita ampliarse “a todos los aspectos relativos a la descripción o configuración de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. *Este Tribunal ha estimado que es constitucionalmente posible la utilización legislativa y aplicación judicial de normas penales en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta* (STC 122/1987): Norma que, por su carácter instrumental, no se verá afectada por la garantía de reserva de Ley orgánica, según el art. 81.1 CE, en relación con el 17.1”⁴⁰⁵.

Es de observar que el Tribunal Constitucional mediante su Sentencia **140/1986**, de 11 de noviembre, estableció “una reserva de Ley Orgánica para las leyes que desarrollan o limitan los derechos fundamentales y las libertades públicas”, pero no se planteó referencia alguna sobre las exigencias que debería cumplir el precepto complementario.

No obstante, el Constitucional ha requerido mediante sus Sentencias una serie de requisitos para comprender que las “leyes penales en blanco” o “normas penales incompletas” no se contraponen al principio de legalidad⁴⁰⁶. Pero no fue hasta la **STC 127/1990** de 5 de julio FJ 3, cuando se fijaron los requerimientos que deben observarse para respetar el principio de legalidad, y así poder hacer uso de la controvertida técnica legislativa⁴⁰⁷. Además, dicha Sentencia ha sido secundada por las **SSTC 118/1992**, de 6

reserva de Ley Orgánica que dicho artículo 81.1 establece”. También pueden observarse las **SSTC 118/1992**, de 16 de septiembre FJ 2, y la **119/1992**, de 18 de septiembre FJ 1.

⁴⁰⁵ En este sentido, las **SSTC 53/1994**, de 24 de febrero FJ 4; **127/1990**, de 5 de julio FJ 3B

⁴⁰⁶ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, “La necesidad de armonización del Derecho sancionador penal y administrativo: Principio de legalidad y remisión normativa en leyes penales en blanco”, en *Política fiscal y delitos contra hacienda pública*, Dir. Miguel Bajo Fernández, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2007, p. 347.

⁴⁰⁷ Según GERPE LANDÍN, “hasta esta sentencia, la doctrina penalista tendía a afirmar que no existían indicios suficientes en la Jurisprudencia anterior para determinar la posición del Tribunal sobre las leyes penales en blanco” (GERPE LANDÍN, Manuel, “Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal”, en *Revista jurídica de Catalunya*, Il ltre Col·legi d’Advocats de Barcelona, nº 3, 1991, p. 697). Para LUZÓN PEÑA, la posición que establece el Constitucional es aceptable, pero “sólo si se acentúa el requisito de la necesidad de tener que recurrir la ley a una remisión a reglamentos (o en su caso a leyes ordinarias) y se extraen de ahí consecuencias adicionales” (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Ed. Universitas, Madrid, 2004, p. 150).

de septiembre; **111/1993**, de 25 de marzo; **53/1994**, de 24 de febrero; **120/1998**, de 15 de junio; **24/2004**, de 24 de febrero; **34/2005**, de 17 de febrero; **283/2006**, de 9 de octubre; **181/2008**, de 22 de diciembre, entre otras⁴⁰⁸. Los requisitos que se deben satisfacer son:

- “Que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal;
- Que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición;
- Y que sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada Sentencia 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la forma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”.

En la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional podemos encontrar que, dentro de sus demandas para la aceptación de las leyes penales en blanco, requiere tres condiciones referentes a su estructura, finalidad y su formación⁴⁰⁹.

Su estructura o el elemento remitido es afectado debido a que el Tribunal conmina a que la pena sea señalada en el texto de la ley penal, por lo que la remisión sólo se verá involucrada dentro del supuesto de hecho⁴¹⁰.

Además, se requiere que el “reenvío normativo... esté justificado en razón del bien jurídico protegido”, limitando el uso de las leyes penales en blanco para los casos en los que se presenta una materia con especiales dificultades para su regulación. La

⁴⁰⁸ Cfr., también, BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, “La necesidad de armonización del Derecho sancionador...”, ob. cit., p. 347; GARCÍA COSTA, Francisco Manuel, “A vueltas con la Ley penal en blanco: a propósito del artículo 325.1 del Código penal”, en *La tutela penal del agua*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 294; MORALES PRATS, Fermín, “El delito de contaminación ambiental: análisis del artículo 325.1 CP...”, ob. cit., p. 1057; SANTANA VEGA, Dulce María, *La protección penal de los bienes...*, ob. cit., p. 220.

⁴⁰⁹ DOVAL PAIS, Antonio, *Posibilidades y límites para la formulación...*, ob. cit., p. 160.

⁴¹⁰ *Ibidem*.

STC 127/1990 de 5 de julio hace referencia a “la penalización de ilícitos relativos a un sector caracterizado por la intervención administrativa, como es la protección del medio ambiente, y la descripción de los comportamientos sancionados, referidos, en lo que aquí importa, a la provocación o realización directa o indirecta de vertidos de cualquier clase en las aguas terrestres que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones de vida animal”, con lo que se podría entender la justificación del uso de esta técnica en materia de medioambiente⁴¹¹. Además, la formulación que deben reunir las leyes penales en blanco requiere la condición de un reenvío normativo expreso⁴¹².

En la mencionada Sentencia se mantiene una condición indispensable hacia la ley penal, ya que esta debe recoger el “núcleo esencial de la prohibición”, con lo que se logra vincular a la exigencia de certeza⁴¹³, mediante la delimitación de la conducta delictiva, dando posibilidad de que el mismo ciudadano conozca el núcleo de incriminación penal, con lo que se protege la función de garantía del tipo. De esta forma, el núcleo esencial al que hace referencia la citada Sentencia, coincide con elementos típicos necesarios para poder conocer “aquello que esta prohibido”, ya que, justamente, la materia de prohibición debe establecerse con suficiente precisión dentro de la ley penal, siendo la propia ley la que defina la materia de prohibición y no la norma de rango inferior⁴¹⁴. Además, dentro del tipo penal en el que tiene que señalarse el núcleo esencial, debe comprenderse un verbo rector y la faz subjetiva del tipo (dolo,

⁴¹¹ *Ibidem*.

⁴¹² DOVAL PAIS, Antonio, *Posibilidades y límites para la formulación...*, ob. cit., p. 161.

⁴¹³ Debemos señalar que a través de esta Sentencia, el Tribunal consideró correcta la definición del delito ecológico que se encontraba en el CP anterior, en su art. 347 bis, donde se incriminaba a la persona que “contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente”, realizara ciertas conductas que produzcan un peligro grave para las personas, los animales y el medioambiente. Como dicen MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, “en este caso, no cualquier infracción legal o reglamentaria constituye un delito sino sólo aquellas que acompañen a determinados hechos y provoquen el peligro, lo que equivale, según el Tribunal Constitucional, al núcleo esencial del hecho punible”. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 113.

⁴¹⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p. 419; GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco...”, ob. cit., p. 84.

imprudencia, elementos subjetivos del tipo). Con ello se pretende que sea suficiente para poder determinar el sentido de la conducta prohibida⁴¹⁵.

Por lo tanto, la ley penal debe aportar la suficiente descripción típica sobre las acciones u omisiones por las que, en ciertos presupuestos, el ciudadano pueda llegar a ser sancionado, para poder así dar mayor certeza; en otras palabras, se debe poder conocer el centro de incriminación penal, por lo que debe ser valorado si con el “núcleo esencial de la prohibición” se satisface dicha exigencia. Como hemos señalado, creemos que la ley penal en blanco se debe considerar como una técnica legislativa necesaria, sin la cual el mismo Derecho penal se vería involucrado en un problema de saturación legislativa, difícil de comprender, y por supuesto, no creemos que exista una contraposición al principio de legalidad, siempre y cuando se mantenga el “núcleo esencial” dentro de la ley penal, en donde se describan los elementos del tipo, así como las restantes exigencias previstas por el Tribunal Constitucional.

3.4.2. Las remisiones a las Comunidades Autónomas

Cabe resaltar que leyes penales en blanco pueden aparecer vinculadas con las normativas de las Comunidades Autónomas, desatando así, otro gran problema. Dichas remisiones, en numerosos casos, se dan en aquellas materias en donde las Comunidades Autónomas han establecido su competencia legislativa.

En este contexto, autores como MESTRE DELGADO, han expuesto su preocupación por la admisibilidad de este tipo de técnica legislativa, manifestando que, si bien la “voluntad constitucional” es que sólo exista un Ordenamiento penal para el territorio, con independencia de la estructuración territorial que este tenga, así como de las competencias que a las Comunidades Autónomas se les haya otorgado, la norma penal estatal se asume para todas ellas, por lo que señala que no existen razones que den

⁴¹⁵ BALDOMINO DÍAZ, Raúl A., “(Ir)retroactividad de las modificaciones a la norma..., ob. cit., p. 8.

justificación alguna para necesitar “de puniciones específicas”, lo cual califica como “una situación contraria a las Constitución, por discriminatoria”⁴¹⁶.

La uniformidad territorial de la norma penal tiene su sustento dentro del principio de igualdad ante la ley, pues todos los ciudadanos en territorio español deben encontrarse en las mismas condiciones ante la ley vigente en el mismo, que por ello debe ser uniforme y general. Podemos encontrar en la Constitución española las competencias que tienen las Comunidades Autónomas (artículo 148), y las que son exclusivas del Estado. En su artículo 149.1.1 señala: “La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”; además en el artículo 149.1.6 hace de su competencia la “legislación penal”.

Bajo estos planteamientos, podríamos pensar que cuando se da la remisión de la ley penal hacia las normativas autonómicas, esto puede tener como efecto un contenido diferente de la ley penal, que, se supone, se debe aplicar en todo el territorio español. Dicha “diferenciación penal” se daría como consecuencia de las distintas normas que cada Comunidad posee, y ello supondría una normativa penal diferente para cada Autonomía, en donde ciertos hechos se encuentren calificados como delitos en un territorio y en otro no lo sean.

El problema que suponen los supuestos en donde la norma que complementa a la ley penal proviene del Parlamento de una Comunidad Autónoma se ha planteado por el Tribunal Supremo, en la STS de 18 noviembre 1997, RJ 1991/9448, tratándose de un caso de transfusión de sangre contaminada con el virus del SIDA en un hospital de Cataluña⁴¹⁷, en donde no se realizaron las pruebas pertinentes para detectarlo. Dichas

⁴¹⁶ MESTRE DELGADO, Esteban, “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, Fascículo II, 1988, p.p. 519-521.

⁴¹⁷ La Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 1989, en su Fundamento de Derecho Tercero, señaló lo siguiente: “Se ha aducido por las defensas de los acusados que la integración con una norma autonómica, de aplicación limitada a Cataluña, sería contraria al principio de territorialidad de la ley penal y vulneraría lo dispuesto en el artículo 149-6 de la Constitución, que fija como competencia exclusiva del Estado la legislación penal.

pruebas eran exigidas por la Orden de la Generalitat, Conselleria de Sanitat, de 10-10-1986 (LCAT 1986\3058), “por virtud de la cual se establecía que los bancos de sangre someterían todas las donaciones a la detección de anticuerpos anti-VIH, rechazándose para cualquier uso las donaciones que resultaren positivas si comportaban posibilidad de transmisión”. El precepto usado fue el artículo 343 bis del anterior Código penal, el cual señalaba: “Los que expendieren medicamentos de cualquier clase... sin cumplir las formalidades legales o reglamentos...”.

En dicho caso, que se incumplió la obligación de analizar una muestra de cada donación de sangre que se realiza, tal y como se establece en la Orden de la Generalitat de la Conselleria de Sanitat, debemos mencionar que sólo se exigía en dicha Comunidad. La infracción administrativa se observó como elemento típico esencial, cuando no se realizó el análisis y se produjeron resultados lesivos, castigando por lesiones imprudentes, lo cual lo convertía como delito en Cataluña⁴¹⁸. Así, en la Sentencia se manifiesta en su Fundamento de Derecho Vigésimo Tercero que, “aunque el artículo 8.1 del Código Civil recuerde la territorialidad de las Leyes penales, y aun cuando el artículo 149.6 de la Constitución establezca la competencia del Estado, exclusiva, para cuanto afecta a la legislación penal, ningún obstáculo impide la

Es cierto, y así lo señala el artículo 8-1 del Código civil, que las leyes penales obligan a todos los que se hallen en territorio español, consagrando así el principio de territorialidad antes señalado, pero estima esta Sala: A) que el artículo 2 de la Constitución, después de proclamar la indisoluble unidad de la Nación Española, reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades, lo que se refuerza por el tenor del artículo 138 de la Carta Magna. B) Que el artículo 148 de la Constitución en su apartado 21 otorga la posibilidad a las Comunidades Autónomas de asumir competencias en materia de Sanidad e Higiene. C) Que si no se reconociera el valor normativo de las disposiciones dictadas por las Comunidades Autónomas, dentro de sus respectivos territorios y en el ámbito de sus competencias, como ocurriría con la Orden de 10 de octubre de 1986, sería tanto como cuestionar el modelo de Estado plasmado en el artículo 2 de la Constitución con que los ciudadanos de todo el Estado, han decidido de forma democrática, configurar a la Nación española. D) Que por todo lo expuesto y sin perjuicio de cuantas críticas quieran realizarse, tanto a la tipificación de delitos de peligro abstracto cuanto a la existencia de normas penales en blanco, debe concluirse que la práctica de 2.284 transfusiones sanguíneas, sin cumplimiento de las preceptivas detecciones establecidas por el Orden de 10 de octubre de 1986 en el Hospital de Bellvitge, sito en la Comunidad Autónoma de Cataluña, constituyendo el delito previsto en el artículo 343 bis del Código...”. Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Las normas de complemento de las leyes penales en blanco pueden emanar de las Comunidades Autónomas”, en *Revista del Poder Judicial*, 4ª época, Nº 52, 1998, p. 487.

⁴¹⁸ GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco...”, ob. cit., p. 95.

legitimidad de la Orden de 10-10-1986, emanada de la Generalitat en virtud de las facultades contenidas en el artículo 148.21 en cuanto se refiere a la sanidad. Como dice, con otras palabras pero con gran acierto, la Sentencia dictada por la Audiencia, entendiéndolo así se configura y se engrandece la unidad del Estado y la idiosincrasia de sus Comunidades Autónomas”. También añade en el Fundamento de Derecho Vigésimo Quinto que “la igualdad del artículo 14 de la Constitución ha de ser entendida en sus justos términos. No hay desigualdad entre todos los españoles porque algunas disposiciones de los gobiernos autónomos marquen diferencias respecto del resto del Estado, en materia penal (son los casos del delito ecológico del 347 bis o de las inhumaciones del 339, también normas en blanco sometidas a reglamentos clarificadores y definidores), porque la Ley de tal jurisdicción sigue siendo estatal y territorial, aunque necesariamente, en la normativa de las infracciones en blanco, la exigibilidad penal se condicione con algunos matices diferenciadores como consecuencia de la aplicación de reglamentos complementarios . El artículo 343 bis es de aplicación en todo el Estado, si bien la norma reglamentaria que lo complementa puede ser distinta según la Comunidad Autónoma. Es preciso que tal reglamento sea legalmente dictado dentro de la competencia legítima del organismo o institución de donde emane... La igualdad en sí no puede evitar cierta desigualdad ante lícitos elementos diferenciadores [S. de 17-6-1991 (RJ 1991\4731)] aunque, eso sí, con suficiente justificación, objetiva y razonable. Si los casos o supuestos son idénticos, el tratamiento legal debe ser el mismo para todos, mas si son diferentes, la aplicación de la Ley ha de ser entonces forzosamente desigual”⁴¹⁹. De igual forma, en su Fundamento de Derecho Trigésimo Primero, establece que “el recurrente confunde la naturaleza, contenido y efectos del principio de legalidad, porque discrepar del razonamiento jurídico de una resolución o discrepar de la valoración hecha en orden a la prueba practicada, no debe permitir la denuncia que tan infundadamente se hace como no se quiera que aquella vulneración exista cada vez que los Jueces lleguen a conclusiones condenatorias... Según criterio de la instancia, más o menos acertado, en ningún

⁴¹⁹ Sobre el Principio de Igualdad, la **STC 57/1985**, de 29 de abril (entre otras), afirma: “La libertad para enjuiciar, para interpretar y para aplicar las normas que tienen los Jueces y Tribunales permite que un mismo órgano judicial, ante supuestos ya no semejantes, sino incluso idénticos, modifique su propia interpretación de unos mismos preceptos legales, siempre que razone su nueva interpretación en términos de Derecho para que su cambio hermenéutico no resulte ni inadvertido para él mismo, que debe ser consciente de que cambia y de por qué cambia de criterio, ni arbitrario por no razonado y, en este sentido, discriminatorio”.

momento se ha vulnerado el derecho constitucional porque en ningún momento se ha dejado de aplicar a los hechos norma penal que no tuviere vigencia... Su desestimación es también evidente. La reserva de Ley Orgánica únicamente implica la catalogación de las normas según su trascendencia sin que las que afecten a derechos fundamentales, o Leyes Orgánicas, pueden sufrir alteración por norma que no tenga tal consideración. Ni esa reserva de ley ni el principio de legalidad se vulnera cuando los Jueces de la instancia razonaron sobre el delito del art. 343 bis que, como norma en blanco, requiere su apoyo, y remisión, a la disposición legal o reglamentaria correspondiente”.

Según MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, hasta el momento no existe una postura consistente por parte del Tribunal Constitucional acerca de las leyes autonómicas como leyes penales en blanco⁴²⁰, pero SILVA SÁNCHEZ manifiesta la importancia de la **STC 120/1998**, de 15 de junio, en la cual se trata de un recurso de amparo por condena de delito de contrabando de especies protegidas⁴²¹. La propia Sentencia se encarga de enfatizar que “en el presente caso el problema planteado no es que la norma autonómica contenga un tipo penal, sino si el órgano judicial puede integrar el tipo penal con una norma autonómica de naturaleza administrativa o, expresado con otros términos, si la norma autonómica puede servir de complemento a la ley penal en blanco”.

Dicha Sentencia trata de dar respuesta a lo planteado en la misma: “es menester partir de que nuestro Ordenamiento jurídico ha adoptado una estructura compuesta, en la que están llamadas a coexistir la legislación estatal y la legislación autonómica. La función que corresponde al Estado de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 149.1.1.ª CE), no puede ser entendida de tal manera que vacíe de contenido las competencias que las Comunidades Autónomas asuman al amparo del art. 148 de la Constitución y de sus propios Estatutos de Autonomía, que han de ser respetadas en sus propios términos (SSTC 194/1994 [RTC 1994\194], fundamento jurídico 4.º; 43/1996 (RTC 1996\43), fundamento jurídico 2.º, y 61/1997 [RTC 1997\61], fundamentos jurídicos 7.º, 8.º y 9.º). A partir de esta

⁴²⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 115.

⁴²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Las normas de complemento de las leyes penales en blanco...”, ob. cit., p. 488.

premisa, es posible que sea diferente la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional (SSTC 37/1981 [RTC 1981\37], fundamento jurídico 2º, y 46/1991 [RTC 1991\46], fundamento jurídico 2.º)”. Es por ello que se debe considerar que la legitimidad constitucional de dichas leyes penales en blanco se esta cumpliendo, debiendo considerar como legítimo el uso de las leyes autonómicas como leyes penales en blanco⁴²².

⁴²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Las normas de complemento de las leyes penales en blanco...”, ob. cit., p. 489.

CAPÍTULO IV

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MEDIOAMBIENTE

SUMARIO: 4.1. El medioambiente y el Derecho; 4.2. El medioambiente en la Constitución; 4.3. El medioambiente en el Derecho Internacional; 4.3.1. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de Estocolmo; 4.3.2. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río; 4.3.3. El Protocolo de Kyoto; 4.3.4. La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo; 4.3.5. Río +20; 4.3.6. Principios de Derecho medioambiental; 4.4. El medioambiente en la Unión Europea; 4.5. El medioambiente como bien jurídico y las intervenciones del Derecho penal y administrativo; 4.5.1. Derecho penal y medioambiente; 4.5.2. Derecho administrativo y medioambiente.

4.1. El medioambiente y el Derecho

Es evidente que el hombre ha estado siempre en constante relación con el entorno que le rodea, pero no es sino hasta finales del siglo XIX (a partir de la revolución industrial) y durante el siglo XX, con las constantes depredaciones masivas de los recursos naturales⁴²³, que han hecho mella en los ecosistemas, así como en la salud del planeta, mediante actividades industriales que potenciaron la revolución

⁴²³ Puede entenderse por recursos naturales «todo medio de subsistencia de las gentes, que éstas obtienen directamente de la naturaleza». Los recursos naturales se clasifican de acuerdo a su origen en dos grandes categorías: renovables y no renovables. En los primeros encontramos aquellos recursos que pueden volver a obtenerse de la naturaleza (renovarse) en un plazo de tiempo determinado; por ejemplo: los recursos forestales, la flora y la fauna. Y en los no renovables, se ubican aquellos recursos que dado su origen en la tierra, llevaría millones de años el volver a obtenerse; por ejemplo: el petróleo y los minerales” (GUTIÉRREZ NÁJERA, Raquel, *Introducción al estudio del Derecho ambiental*, 7ª ed., Ed. Porrúa, México, 2011, p.p. 1-2). Para RODRÍGUEZ RAMOS los recursos naturales son “el agua, el aire y el suelo; la «geo», la flora y la fauna; las materias primas, tanto energéticas como alimentarias o de otra índole” (RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “El medio ambiente en la Constitución española. Su conservación como principio político rector y como competencia de las comunidades autónomas”, en *Derecho y medio ambiente*, CEOTMA, Madrid, 1981, p. 37).

tecnológica⁴²⁴, cuando se comienza a discutir la protección del medioambiente de manera extensa⁴²⁵. La preocupación por el medioambiente, por lo tanto, es relativamente reciente y el origen como tal podemos decir que fue en los años 70 del siglo XX⁴²⁶, a partir de movimientos sociales y ecológicos⁴²⁷, que impulsaron la

⁴²⁴ En este sentido, MATELLANES RODRÍGUEZ describe muy acertadamente la voracidad del hombre sobre los recursos naturales y el medioambiente en “pos del avance tecnológico”, y es que la mencionada autora menciona que “el rápido crecimiento de la economía, la producción incluso ilimitada de bienes de consumo como motor que impulsa el modelo de sociedad hoy existente trae consigo toda suerte de perturbaciones al entorno natural que rodea al hombre. No hay más que echar una ojeada alrededor para comprobar cómo la deseada industrialización ha degenerado en un «dominio» destructivo de los recursos naturales que el planeta ofrece para satisfacer toda clase de necesidades humanas. El panorama no puede ser más desolador: las fábricas expulsan gases que hacen irrespirable el ambiente, eliminan desechos sólidos o líquidos que van a parar irremediamente a los ríos y mares; se utilizan abusivamente los recursos energéticos sin tener en cuenta su carácter limitado, de modo que es previsible un agotamiento en breve de los mismos; la construcción de «macroempresas» se realiza sin hacer estudios concienzudos que evalúen sus posibles efectos destructivos sobre los ecosistemas de la zona para poder evitarlos” (MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Medio ambiente y funcionarios públicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, p.p. 29-30). “Los científicos afirman que hemos llegado a las fronteras de desarrollo poniendo en riesgo la naturaleza. Esta idea, ampliamente divulgada, se basa en un hecho de implicancias culturales extraordinarias: la naturaleza, como un todo, es un recurso escaso” (LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría del Derecho ambiental*, Ed. Porrúa, México D.F., 2008, p. 3).

⁴²⁵ Para JAQUENOD DE ZSÖGÖN un problema sumamente grave es que el aparente “drama principal de la existencia humana actual radica en esa aprensión por el grado de desarrollo alcanzado, por las avanzadas tecnologías, por los progresos científicos; y son esos mismos adelantos los cuales le ocasiona congoja e inquietud... La actual tecnificación ha dotado al hombre de diversos medios de subsistencia y confort desconocidos por los más afortunados en otras épocas, la sombra del «nivel de vida» se ha convertido en soberana y en fin último social; pero al mismo tiempo, y a un ritmo visiblemente acelerado, el hombre se encuentra privado de los lazos de compromiso que engendraban para él un mundo propio, ello hasta desarraigarlo de toso ambiente estable, vaciando su existencia de sentido humano, de objetivos, esperanzas. La disociación con la naturaleza y sus procesos todos, han convertido al hombre en su propio lamento que no ha encontrado aún consuelo”. JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia, *El derecho ambiental y sus principios rectores*, Ed. Dykinson, Madrid, 1991, p. 46.

⁴²⁶ Estados Unidos de América jugó un papel protagonista en el impulso hacia la protección ambiental y su sentimiento ecológico se hizo latente con anterioridad a otros países, debido a que comenzaron a observar las repercusiones ambientales que conllevaban las actividades industriales que se venían practicando, por lo que se promulgó la *Environmental Policy Act* de 1969. Por su parte, Francia también venía dando un gran apoyo a los movimientos ecologistas, en 1968 se inicia el movimiento ideológico del «mayo del 68», el cual planteó cuestiones sobre los valores de la sociedad de consumo, defendiendo una forma de vida más respetuosa y armónica con la naturaleza, y además mediante el Decreto 1971/94, de 27 de enero, se creó el Ministerio de la *protection de la nature et de l'environnement*. Véanse MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 19; JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del Derecho a un medio ambiente adecuado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, p.p. 50-51; LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo*, Ed. La ley, Madrid, 2010, p. 63; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, *Sistema jurídico-administrativo de protección del medio ambiente*, Ed. Ratio legis,

creación de leyes y reglamentos, los cuales implicaban para los Ordenamientos principios jurídicos totalmente nuevos⁴²⁸. Además, también dio lugar a que la Comunidad internacional tomara conciencia de la grave degradación ambiental, por lo que comenzaron a nacer diversas intervenciones, tanto multinacionales como bilaterales, planificando su cuidado desde diversos aspectos medioambientales susceptibles de defensa jurídica.

Pero conviene recordar que el respeto por la naturaleza y su conexión con el hombre era una concepción de suma importancia en distintas civilizaciones antiguas, y es que lo que hoy en día consideramos como medioambiente ha jugado papeles fundamentales en el pasado remoto⁴²⁹. Incluso se cree que fueron los griegos y los

Salamanca, 2012, p. 37; ERCMAN, S., *European environmental law. Legal and economic appraisal*, Ed. Bubenbergr-Verlag AG Bern, Suiza, 1977, p.p. 318 y ss.

⁴²⁷ El hombre ha comenzado a preocuparse por su entorno vital, la conservación y el mantenimiento de los equilibrios biológicos. Como afirma PÉREZ Y PÉREZ, “nada es capaz de impresionar al hombre de ciencia con mayor profundidad y trascendencia que el descubrimiento de los fenómenos biológicos (leyes de vida)”. Y es que la ecología es una rama fundamental de la biología, la cual tiene como propósito el “estudio de todas las relaciones entre el ser vivo y el medio en que se desenvuelve”. (PÉREZ Y PÉREZ, Félix, “Incidencia del hombre en los equilibrios de la naturaleza”, en *Ecología y medio ambiente*, Ed. CESVC, 1979, p. 9). Es importante mencionar que el término de medioambiente va a la par de otra disciplina y que con frecuencia son confundidas, la ecología, la cual se aprecia como “el estudio de las interacciones entre los organismos vivos y sus medioambientes”. Dicha ciencia no se encarga de las inquietudes medioambientales, ni tampoco se pronuncia por la preservación ni el valor de lo que se encarga de estudiar. Cabe decir que el término ecología “fue formulado en 1860 por el biólogo alemán Ernst Haeckel a partir de las palabras griegas *oikos*, que significa hogar o casa, y *logos*, traducida de formas distintas por palabra, orden o comprensión sistemática. Así, se trata del estudio de los hogares, o de los medioambientes” (BELSHAW, Christopher, *Filosofía del medio ambiente. Razón naturaleza y preocupaciones humanas*, Ed. Tecnos, 2005, p.p. 28-29 y 282).

⁴²⁸ ALONSO GARCÍA, Enrique, “Concepto de medio ambiente como el objeto del Derecho: el ámbito del Derecho ambiental”, en *Diccionario de Derecho ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, p. 329; CANOSA USERA, Raúl, *Constitución y medio ambiente*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 26; RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho penal. La administración pública como garante*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007, p.p. 207-208.

⁴²⁹ JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia, *Iniciación al Derecho ambiental*, Ed. Dykinson, 2ª ed., Madrid, 1999, p.p. 20-22 y 43. Un ejemplo claro sobre el papel fundamental del que podemos hablar es el agua (elemento que concierne a este estudio), ya que a partir de la aparición de la antigua mitología, aproximadamente en el 6000 a.C. la ética o moralidad del agua empezó a desarrollarse. La mitología, religión y las leyendas hicieron que la ética del agua fuera de la mano en su desarrollo con la moral de la sociedad en los últimos 8000 años. Es una realidad que la ética del agua se mantiene en continua evolución junto con la moral social. Hacia el 6000-4000 a.C. se dieron a través de los cuentos legendarios las primeras manifestaciones del papel que tenía el líquido vital en la sociedad humana. En la antigua mitología, se le atribuía el

fuego a lo masculino, mientras que el agua era asociada a lo femenino. Al agua se la consideraba como un vivificador, un elemento para la fertilidad, por eso era asociada con la mujer. Muchas leyendas e historias toman al agua como un tipo de influencia para el desarrollo mundial. De las mitologías, historias y leyendas, evolucionaron muchas culturas europeas en las que el agua a través de su historia ha jugado un papel muy importante. Por otro lado, muchas de las religiones del mundo han sido influidas por el agua, que les ha servido de base. Las religiones más estrictas en el cuidado del agua son el Bahá'í, Islam, y el Hinduismo y si estas religiones son debidamente practicadas pueden afectar al manejo del agua. Para los Bahá'ís es muy importante cuidar la preservación del balance ecológico del mundo y también es de gran importancia la agricultura, por lo que toman los cuidados necesarios del agua ya que es la fuente fundamental de la agricultura “y juega un papel importante en todo el soporte de los sistemas de la vida del planeta”. Los creyentes Bahá'ís están a favor de un acercamiento hacia los problemas ambientales mundiales, comúnmente los legisladores que ejercen esta religión impulsan leyes y acuerdos sobre el agua y el medio ambiente. El Islam por ejemplo ve al agua de una manera muy distinta que el Bahá'í, pero también tiende a cuidarla, ya que los musulmanes la consideran valiosa para purificar y para la purificación. Ellos consideran que el agua puede limpiar a una persona tanto física como espiritualmente, y creen que se tiene que estar totalmente puro antes de entrar ante la presencia de Dios en sus rezos; de hecho algunas mezquitas tienen una piscina en el centro. Algunos islámicos piensan que el agua solamente le pertenece a Dios, y que no le puede pertenecer a nadie y los humanos solamente somos usuarios de ella. Así que éticamente los musulmanes no pueden vender el líquido vital como un bien económico. Por otro lado, tenemos al hinduismo, que es una religión en la que tienen grandes valores del agua, por lo cual no tienen la necesidad de legislar sobre alguna ética del agua específica. En esta religión “toda el agua es sagrada y los lugares sagrados están generalmente localizados a los lados de los ríos, lo cual está visto como sagrado.” Los hindús creen que “aquellos que se bañan en el río Ganges, el más sagrado de todos los ríos” podrán alcanzar el paraíso antes de reencarnar. Otra de las religiones primarias es la Católica, en la que el agua también juega un papel importante en la religión ya que es con el agua previamente bendecida con lo que lavan el pecado original en un ritual llamado bautizo, y los católicos creen que si el pecado original no es removido, no se podrá acceder al cielo. Las religiones, leyendas y los mitos han sido de vital importancia para que el agua trascienda históricamente en nuestras culturas y Fe. Véanse WEST, Chad A., “For body, soul, or wealth: The distinction, evolution, and policy implications of a water ethic”, en *Stanford Environmental Law Journal*, Vol. 26, N° 1, Enero 2007, p.p. 206 - 211; PINSENT, John, *Greek mythology*, Ed. Hamlyn, Feltham Middlesex, England, 1969, p.p. 76-77. De igual manera, podemos observar a los Aztecas, quienes tenían dos Dioses relacionados con el agua, *Tlaloc* y *Chalchiuhtlicue*. “Los *Tezcatlipocas*, después de crear el mundo, dan organización particular a las aguas y crean a *Tlalocantecuhli* y a su consorte *Chalchiuhtlicue*, declarados dioses del líquido elemento. Númenes de alta jerarquía para pueblos eminentemente agrícolas, a tal grado que el Templo Mayor de *Tenochtitlan* tiene en la cumbre dos adoratorios, uno dedicado a *Huitzilopochtli*, que se supone la deidad principal de los aztecas, y el otro a *Tlaloc*. La traducción del nombre de *Tlaloc* es diversa: *Tlalolc*, «el vino de la tierra», de *tlalli*, «tierra» y *octli*, «vino», y se refiere tácitamente a lo que bebe la tierra, la lluvia. La *Chalchiuhtlicue*, «la falda de jades o falda preciosa» es la deidad que representa al agua bajo distintos fenómenos. Ella conforma el *hueyatl*, «mar», y por eso el Golfo de México se llama *Chalchiuhtlicueyecatl*, «morada de la que tiene falda de esmeraldas»” (FERNÁNDEZ, Adela, *Dioses prehispánicos de México. Mitos y deidades del panteón náhuatl*, Ed. Panorama, México D.F., 1985, p.p. 115-118). Por su parte, los griegos también consideraban que sus divinidades tenían una relación con los recursos naturales, por ejemplo, “el grano que crecía era la diosa *Démeter* actuando; los truenos, rayos y lluvia eran el omnipotente *Zeus* exhibiéndose ante los apabullados humanos; los terremotos eran el mismo *Poseidón* y sus trepidantes caballos. A través de los prodigios naturales podía conocerse la complacencia o irritación de los dioses ante su conducta. Enviaban catástrofes como castigo, o campos fértiles y mares bonancibles como premio”. Y es que solían tener recintos religiosos con motivos a la naturaleza, los cuales contenían bosques y aguas sagrados, y su destrucción o contaminación significaba un sacrilegio. También “los bosques

romanos quienes comenzaron a provocar daños ambientales y, como consecuencia, observaron los efectos negativos de llevar una conducta irresponsable hacia con el medioambiente⁴³⁰.

Algunas facetas del medioambiente ya se encontraban abordadas dentro de legislaciones antiguas, como en el caso de la antigua Roma⁴³¹, que ya su Derecho contenía múltiples indicios ambientales, y más específicamente dentro del Digesto de Justiniano⁴³², en el cual se configuraban como cosas comunes para todos los individuos

habían sido los más primitivos templos, y sus árboles estaban consagrados a los dioses: el roble a *Zeus*, el laurel a *Apolo*, el sauce a *Hera*, etc. En ellos moraban sus espíritus que podían perecer si se talaban. Similares tabúes protegían a los animales que allí vivían. El pecado de *Agamenón*, matar un ciervo en un espacio sagrado, debía ser evitado por los cazadores. Por idénticas razones no se podía pescar en las aguas de muchos santuarios” (RODRÍGUEZ NEILA, Juan Francisco, *Ecología en la antigüedad clásica*, Ed. Arco Libros, Madrid, 1996, p.p 11-12).

⁴³⁰ RODRÍGUEZ NEILA, Juan Francisco, *Ecología en la antigüedad clásica*..., ob. cit., p.p. 7-9.

⁴³¹ El medioambiente para los romanos era fundamental, ellos tenían en cuenta “la incidencia del medio ambiente sobre la existencia humana”. Y es que los recursos naturales que tuviesen al alcance de sus pueblos, además de su localización geográfica, ayudaban al fomento del desarrollo, por lo que estaban “destinados a prevalecer sobre los demás”. De hecho, la superioridad romana sobre los demás pueblos mediterráneos, tiende a tener una “explicación ecológica”, ya que contaban con un hábitat privilegiado, Italia con una tierra envidiable, además de factores climáticos y medioambientales muy favorables. Así como la naturaleza era determinante para el ser humano, también consideraban que el hombre puede “transformar a la naturaleza, incluso corregir sus imperfecciones”. El hecho de poder cambiarla se consideraba “como una aportación racional a la propia evolución de la naturaleza, de la cual el hombre era su cuidadoso guardián e incluso su perfeccionador, mejorando plantas y animales mediante la domesticación. El esfuerzo humano podía hacer de la Tierra un lugar más bello, acogedor y nutritivo”. RODRÍGUEZ NEILA, Juan Francisco, *Ecología en la antigüedad clásica*..., ob. cit., p.p. 18-20.

⁴³² El Digesto de Justiniano: “El emperador Justiniano nació en el año 482, sucedió en el trono a Justino I, y pocos meses después anunció su primer objetivo jurídico mediante la constitución *Haec quae neccessario* del 13 de febrero del año 528, objetivo que no era otro que el de reunir las *leges* vigentes en un Código, utilizando los tres códigos anteriores, el Gregoriano, Hermogeniano y el Teodosiano. El Código se publicó el 9 de abril del año 529 mediante la constitución *Summa reipublicae*. Esta obra sería sustituida cuatro años más tarde por un segundo Código. Mayor envergadura tenía el proyecto, concebido inmediatamente, de compilar el *ius*. Las labores compilatorias adquirieron carácter oficial el 15 de diciembre del año 530 con la constitución *Deo auctore*, dirigida a Triboniano, que ahora ocupaba el puesto de *quaestor sacri palatii*, al que autorizó a buscar sus propios colaboradores con el fin de realizar, con los escritos de los juristas que tuvieron el *ius publicae respondendi*, una compilación del derecho vigente que eliminara la falta de claridad normativa, que daba lugar a la pérdida de los valores de la *legum auctoritas*, eliminando en la obra toda *similitudo o discordia*. La recopilación recogería todo el *ius antiquum*, es decir, el elaborado por los juristas de las postrimerías de la República y del Principado, con un carácter unitario y completo, debiendo se ordenados los fragmentos por materias, en títulos y libros. Justiniano equiparó las opiniones de los

(*res communis omnium*), otorgadas por el Derecho natural, los elementos como el aire, el agua corriente, el mar y sus costas, la vida animal y vegetal⁴³³.

En el D. 43, 8, 3, se consideraba que en las costas en donde el Imperio tenía control, el pueblo romano tenía derecho a usar en común tanto el mar, como el aire⁴³⁴. Cabe resaltar que en la época romana no existía el deterioro ambiental que existe hoy en día, y el uso colectivo de los bienes ambientales no advertía un desgaste, por lo cual no se impedía, su regulación no era extensa, y además, el Derecho ambiental, como tal, aun no se concebía. A pesar de ello, se regulaban ciertos aspectos que hoy se consideran dentro del medioambiente⁴³⁵, como, por ejemplo, dentro del “medio urbano” se hacía alusión a la contaminación con la presencia de humo por una fábrica de quesos (D. 8, 5, 8,5)⁴³⁶, la existencia de malos olores (D. 43, 8, 2, 29)⁴³⁷, la contaminación de aguas de

jurisconsultos a las constituciones imperiales. Tres años después de promulgada la constitución *Deo auctore*, es decir, 16 de diciembre del año 533, la constitución *Tanta*, dirigida al senado y a todos los pueblos, publicó el Digesto o Pandectas y ordenó que comenzase a regir el 30 de diciembre”. RASCÓN, César, *Síntesis de historia e instituciones de Derecho romano*, 4ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2011, p.p. 111 y ss.

⁴³³ JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del Derecho a un medio ambiente...*, ob. cit., p. 16; LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo...*, ob. cit., p. 39; JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia, *Iniciación al Derecho ambiental...*, ob. cit., p.p. 41-42.

⁴³⁴ D. 43, 8, 3. “Las costas del mar, en las que tiene imperio el pueblo romano, creo que de éste; que todos los hombres tienen un derecho a usar en común del mar, como el aire, y que las rocas que se echan en el mar son del que las hubiera echado, aunque eso no debe permitirse si se entorpece con ello el uso de la costa o del mar” D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. III, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1975, p. 391.

⁴³⁵ JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del Derecho a un medio ambiente...*, ob. cit., p.p. 15 – 17.

⁴³⁶ D. 8, 5, 8, 5. “Respondió Aristón a Cerelio Vital que él no creía que hubiese derecho a echar el humo de una fábrica de quesos a los edificios superiores, a no ser que existiese tal servidumbre. Y dice el mismo, que tampoco es lícito echar agua, ni otra cualquier cosa, de un fundo superior a los inferiores, porque solamente le es lícito a uno hacer alguna cosa en su propiedad en tanto no se entrometa en lo ajeno y la del humo, como la del agua, es una intromisión; por consiguiente, que puede demandar al dueño del fundo superior al del inferior, alegando que éste no tiene derecho para hacer tal cosa...”. D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. I, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1975, p.p. 367-368.

⁴³⁷ D. 43, 8, 2, 29. “Dice el mismo Nerva que si un lugar público se inficiona tan sólo con malos olores, no es impropio ejercitar el interdicto por esa causa”. D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. III, ..., ob. cit., p. 390.

un manantial por unos lavaderos de tintorería (D. 39, 3, 3)⁴³⁸, la presencia de un estercolero en la pared medianera (D. 8, 5, 17, 2)⁴³⁹, la contaminación de cañerías (D. 47, 11, 1, 1)⁴⁴⁰. También podemos encontrar en el Digesto otro tipo de ejemplos que se encuentran relacionados con el medioambiente, pero su protección es basada en el usufructo y no en motivos ecológicos⁴⁴¹, como la imposición de la utilización racional de los bosques (D. 7, 1)⁴⁴², la responsabilidad del que corta árboles ajenos (D. 9, 2, 27, 26)⁴⁴³, el incendio de arboleda (D. 9, 2, 27, 7)⁴⁴⁴. Además, podemos hacer mención a los interdictos en el Derecho romano, tomando en consideración a dos que también estaban relacionados con el medioambiente: el interdicto “*de cloacis*” y el interdicto “que nada se haga en lugar público”. El interdicto *de cloacis* pretendía el mantenimiento de la

⁴³⁸ D. 39, 3, 3. “Refiere Trebacio Testa que el propietario de un fundo en que había un manantial, instaló en torno a la fuente unos lavaderos de tintorería, con lo que había empezado a echar agua al fundo del vecino, y dice que no responde por ello a efectos de la acción de contención del agua pluvial; pero si reúne toda el agua por un solo cauce o la echa sucia, admite la mayoría que se le puede impedir que lo haga”. D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. III,..., ob. cit., p. 171.

⁴³⁹ D. 8, 5, 17, 2. “Un vecino había hecho un estercolero junto a la pared con el vecino, a causa de lo cual ésta se humedecía. Se consultaba de qué modo podría obligar al vecino a que quitase el estercolero. Respondí que si hubiese hecho esto en lugar público, podría haber sido obligado a quitarlo por medio de un interdicto, pero que habiéndolo hecho en privado debía reclamar con una acción negatoria de servidumbre, y que, si se hubiese estipulado sobre el daño temido, podía resarcirse en virtud de esta estipulación si aquello le causó algún daño”. D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. I,..., ob. cit., p. 370.

⁴⁴⁰ D. 47, 11, 1, 1. “Ofende a las buenas costumbres quien echara estiércol a alguien, o le manchara con cieno o lodo, o ensuciara las aguas y contaminara las cañerías y depósitos u otra cosa en perjuicio público: suele castigársele severamente (=Pauli Sent. 5, 4, 13)”. D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. III,..., ob. cit., p. 655.

⁴⁴¹ JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del Derecho a un medio ambiente...*, ob. cit., p. 18.

⁴⁴² D. 7, 1. “Sobre el usufructo y sobre el modo de usar las cosas ajenas y percibir sus frutos”, así en su apartado primero menciona “el usufructo es el derecho de usar cosas ajenas y percibir sus frutos respetando la natural entidad de las mismas (*Paul. 3 ad Vit.*)”. D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. I,..., ob. cit., p.p. 303 y ss.

⁴⁴³ D. 9, 2, 27, 26. “Escribe el mismo Octaviano respecto al bosque talar que, si no están en sazón los árboles, queda obligado por la Aquilia, mas si corta los árboles en sazón queda obligado por hurto y por la acción de árboles furtivamente cortados”. D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. I,..., ob. cit., p. 387.

⁴⁴⁴ D. 9, 2, 27, 7. “Igualmente, si hubieses incendiado mi arboleda o mi casa de campo, tendré la acción de la ley Aquilia”. D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. I,..., ob. cit., p. 385.

higiene de las ciudades (D. 43, 23, 1, 2)⁴⁴⁵, mediante la vigilancia de las cloacas privadas (D. 43, 23, 1, 3)⁴⁴⁶. El interdicto “que nada se haga en lugar público”, al igual que el *de cloacis*, defiende intereses tanto públicos como privados (D. 43, 8, 2, 1)⁴⁴⁷, y entre sus regulaciones estaba la de impedir el desagüe en la vía pública (D. 43, 8, 2, 26)⁴⁴⁸, para evitar los malos olores (D. 43, 8, 2, 29)⁴⁴⁹.

Debemos mencionar que el Derecho romano ha tenido una fuerte influencia dentro de la evolución jurídica del Derecho español y, más concretamente, la ha tenido la compilación justiniana. En las Partidas (redactadas hacia 1290), se encuentran ciertos indicios de protección ambiental, y así en la Partida III, Título XXVIII, Ley III, se señalaba: “cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas que biven en este mundo son estas: el ayre, e las aguas de la lluvia, e el mar, e su ribera. Ca qualquier criatura que biva, puede usar de cada una destas cosas, segun quel fuere menester”. De igual modo, los animales salvajes eran considerados como *res nullius*, cosas sin dueño, obteniendo la posesión quien primero los ocupa⁴⁵⁰. También puede observarse la Partida III, Título XXVIII, Ley II, la cual dividió las cosas en cinco especies, teniendo en consideración las *cosas nullius*, “*que non pertenescen á señorio de ningund ome nin*

⁴⁴⁵ D. 43, 23, 1, 2. “Porque, con estos interdictos, ha procurado el pretor que se limpien y reparen las cloacas, ambas cosas convenientes para la higiene y seguridad de las ciudades, pues las inmundicias de las cloacas, cuando éstas no se reparan, producen pestilencia y estrago”. D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. III,..., ob. cit., p. 423.

⁴⁴⁶ D. 43, 23, 1, 3. “Este interdicto se da para las cloacas privadas, ya que las públicas requieren una vigilancia pública”. D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. III,..., ob. cit., p. 423.

⁴⁴⁷ D. 43, 8, 2, 1. “Este interdicto es prohibitorio y define los intereses públicos tanto como particulares”. D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. III,..., ob. cit., p. 388.

⁴⁴⁸ D. 43, 8, 2, 26. “Si alguien desagua una cloaca en la vía pública y con ello ésta se hace menos idónea, escribe Lebeón que queda obligado por interdicto, pues se considera que puesto algo en la vía pública”. D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. III,..., ob. cit., p.p. 389-390.

⁴⁴⁹ D. 43, 8, 2, 29. “Dice el mismo Nerva que si un lugar público se inficiona tan sólo con malos olores, no es impropio ejercitar el interdicto por esa causa”. D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. III,..., ob. cit., p. 390.

⁴⁵⁰ LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo...*, ob. cit., p. 40; JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del Derecho a un medio ambiente...*, ob. cit., p. 16; JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia, *Iniciación al Derecho ambiental...*, ob. cit., p. 23.

son contadas en sus bienes”⁴⁵¹. De igual manera, el Derecho español adoptó regulación romana, como el interdicto *De cloacis*, en la Partida III, Título XXXII, Ley VII: “Como las lauores nuevas que alguno faze para adobar, o a limpiar los caños, e los tejados, o las otras cofas que fon menester a los omes por razon de las cafas, e non gelas puede ninguno vedar”. Igualmente estaba la Partida VII, Título XV, Ley XXVIII, la cual preveía penas para aquellos que “cortan a mala intencion arboles, o viñas, o parras deuen pechar el daño que fizieren”⁴⁵².

Ya durante el siglo XIX existieron varias normativas para regular los recursos más importantes: los montes, las aguas, las minas, la caza y la pesca, aunque se considera que eran normas marcadas por la ideología liberal y sus postulados en torno al no intervencionismo y al mercado, como ordenador de la satisfacción de las necesidades de la sociedad, su limitación en la gestión del recurso, y las limitaciones derivadas del respeto a la propiedad privada. Se observa a mediados del siglo un cambio más intervencionista, en la medida en que se fue afectando a los montes de propiedad particular de una explotación cada vez más intensa⁴⁵³.

Pero es en el Siglo XX, a partir del deterioro ambiental que sufrió el planeta desde finales del siglo XIX, y para evitar el continuo ataque a los recursos naturales, cuando se decide intervenir verdaderamente y nace lo que hoy conocemos como

⁴⁵¹ “comunes, *que pertenescen á las aves, é á las bestias é á todas las criaturas que viven para usar dellas tambien como á los omes*: propias de los hombres, *que pertenescen tan solamente á todos los omes*: de la universidad, *que pertenescen apartadamente al comun de alguna cibdad, ó villa, ó castillo, ó de otro lugar cualquiera do omes moren*: de propiedad particular, *que pertenescen señaladamente á cada un ome para poder ganar ó perder el señorío dellas*: cosas nullius, *que non pertenescen á señorío de ningund ome nin son contadas en sus bienes*. Los legisladores de Partida se conformaron con el método seguido por Justiniano, quien, segun es sabido, apartándose de los comentarios de Gayo y del Digesto, que dividian las cosas de derecho divino y de derecho humano, se limitó á decir en si Instituta, que unas están en nuestro patrimonio, y otras fuera de él. Las primeras se llaman privadas ó singulares, las segundas son de dos especies: públicas y nullius. La palabra pública es genérica: algunos fragmentos del Digesto dan este nombre á las cosas comunes que á nadie pertenecen” (sic). Véase GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, T. II, Imprenta D. F. Sánchez, Madrid, 1863, p. 15.

⁴⁵² LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo...*, ob. cit., p. 40; JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del Derecho a un medio ambiente...*, ob. cit., p. 24.

⁴⁵³ LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo...*, ob. cit., p. 41; JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del Derecho a un medio ambiente...*, ob. cit., p. 31; MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental*, T. I.,..., ob. cit., p.p. 25-27.

Derecho ambiental, el cual se integra por distintas ramas del Ordenamiento, como Derecho civil, administrativo, penal, constitucional, mercantil, internacional, etc., haciendo de esta una disciplina horizontal que tiene que entrelazarlas⁴⁵⁴.

La protección del medioambiente durante el siglo XX alcanza una magnitud global, el año 1970 fue declarado como el “año de protección de la naturaleza” por las Naciones Unidas, y unos años más tarde este organismo mundial comenzaría a celebrar Conferencias, Declaraciones y demás instrumentos internacionales para proteger el medioambiente (como veremos más adelante). En España se pudo observar la conjugación del concepto actual de medioambiente en la Exposición de motivos de la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico, de 22 de diciembre de 1972, en donde ya se reconocían los bienes y recursos, así como el grave deterioro ambiental, diciendo lo siguiente: “La degradación del medio ambiente constituye, sin duda alguna, uno de los problemas capitales que la Humanidad tiene planteados en esta segunda mitad de siglo. La explotación intensiva de los recursos naturales, el desarrollo tecnológico, la industrialización y el lógico proceso de urbanización de grandes áreas territoriales son fenómenos que, incontrolados, han llegado a amenazar en determinadas regiones la capacidad asimiladora y regeneradora de la Naturaleza, y que de no ser adecuadamente planificados, pueden abocar a una perturbación irreversible del equilibrio ecológico general, cuyas consecuencias no son fácilmente previsibles”. Los distintos sectores ambientales no pasan desapercibidos, teniendo en cuenta “la defensa del paisaje, la restauración y mejora de las zonas de interés natural y artístico, la contaminación del aire, de las aguas continentales y marítimas y del suelo por la utilización abusiva de pesticidas y abonos, la protección de la fauna y la flora, la lucha contra los incendios y las plagas forestales, la eliminación o tratamiento de los residuos, la defensa de las zonas verdes y espacios libres, la reinstalación de las industrias fuera de las zonas urbanas residenciales, la congestión del tráfico urbano, la lucha contra el ruido y otros tantos, no son sino aspectos parciales de una política general de múltiples facetas, en

⁴⁵⁴ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 208-209; DE MIGUEL PERALES, Carlos, *Derecho español del medio ambiente...*, ob. cit., p. 26. Para JAQUENOD DE ZSÖGÖN el Derecho ambiental no debe interpretarse como una rama autónoma del ordenamiento jurídico, “pues éste conforma una unidad o sistema de normas que no admite la existencia de regímenes totalmente separados. Por tanto, adquiere relevancia en la medida en que se integre a un circuito de normas, a una interconexión progresiva de preceptos cuyo principio y fin es la Constitución” (JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia, *Iniciación al Derecho ambiental...*, ob. cit., p. 53).

buena parte inexploradas, y cuya comprensión y ordenación global exige unos instrumentos legales de los que hoy no se dispone”, por lo que se requiere la preparación de “una Ley general para la defensa del medio ambiente, en la que se considerasen armónicamente todos los problemas apuntados”. Aunque de antemano ya considera que “la presión de las circunstancias obliga a aplazar momentáneamente la antedicha solución legislativa”, así como otros problemas que obligan a retrasar la Ley general y cabe apuntar que la esperada Ley nunca llegó a promulgarse, por lo que la protección ambiental tuvo que recibir el impulso necesario por parte de la Constitución española de 1978, lo que veremos más adelante. Además, a partir de 1986, el medioambiente en España recibe otro gran empuje, el cual proviene de la Unión Europea, y siendo desde que el país ibérico se integra a la Comunidad Económica Europea, cuando se establece una firme tutela del medioambiente. Una clara manifestación de ello es que aproximadamente el 90 % de la normativa medioambiental de España se da a causa de transponer o aplicar las más de 300 Directivas y Reglamentos de la UE⁴⁵⁵.

En nuestros días, por lo tanto, el medioambiente se ha vuelto un tema de suma trascendencia, adoptando un papel protagonista dentro de los diversos temas que forman nuestra sociedad actual (política, economía, Derecho, etc.). Pero, aun siendo una materia de actualidad y estando su estudio en auge, es todavía difícil encontrar una definición exacta o unificada de lo que es el medioambiente⁴⁵⁶. Así, podemos observar distintas opiniones que intentan exponer lo que el medioambiente es, como la de MARTÍN MATEO, que entiende por ambiente el “medio circundante de la vida, a las características esenciales de la biosfera o esfera de la tierra donde habitan los seres vivos”⁴⁵⁷. En opinión de JAQUENOD DE ZSÖGÖN ambiente es “el sistema constituido por diferentes elementos, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales, que condicionan en un lugar y momento determinados la vida y el desarrollo

⁴⁵⁵ LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo*..., ob. cit., p. p. 46-47.

⁴⁵⁶ LORENTE AZNAR, César J., *Empresa, derecho y medio ambiente. La responsabilidad legal empresarial por daños al medio ambiente*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, p. 17.

⁴⁵⁷ MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho ambiental*, 3ª ed., Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, p. 21; aunque el autor entiende que desde un enfoque “puramente metodológico, no dogmático, se justifica que el ambiente se reconduzca básicamente al agua y al aire en cuanto factores básicos de la existencia en el microcosmos terráqueo” (MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental*, T. I, Ed. Trivium, Madrid, 1991, p. 88).

de los organismos y el estado de los elementos inherentes, en una conjunción integradora, sistemática y dialéctica de relaciones de intercambio entre el hombre y los diferentes elementos”⁴⁵⁸. Por su parte, CASSOLA PEREZUTTI concibe al medioambiente como “un conglomerado de elementos naturales básicos para el desarrollo de la vida humana en la Tierra. Estos elementos comprenden el aire, el suelo, el agua, la tierra, la flora y la fauna”⁴⁵⁹. Para LÓPEZ RAMÓN el medioambiente es el “conjunto de elementos físicos, psíquicos y sociales que condicionan la vida del ser humano”⁴⁶⁰. La definición que se expone en la Convención de Lugano⁴⁶¹ es para DE MIGUEL PERALES la más acertada; dicho texto señala que el medioambiente comprende “los recursos naturales abióticos y bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre estos factores, los bienes que componen la herencia cultural, y los aspectos característicos del paisaje”⁴⁶². JIMÉNEZ DE PARGA entiende que el medioambiente “es el conjunto de elementos que son imprescindibles para la vida, es decir, la Biosfera o el Ecosistema global”⁴⁶³. BRAÑES señala que el ambiente “debe ser entendido como un sistema, vale decir, como un conjunto de elementos que interactúan entre sí, pero con la precisión de que estas interacciones provocan la aparición de nuevas propiedades globales, no inherentes a los

⁴⁵⁸ JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia, *El derecho ambiental y sus principios...*, ob. cit., p. 39.

⁴⁵⁹ Dicho autor también mantiene que el medioambiente es “todo aquello que rodea y afecta a un organismo viviente como no viviente, se percibe como un sistema interconectado, que no puede ser realmente entendido si se estudia o analiza separadamente o como un montón de partes”. CASSOLA PEREZUTTI, Gustavo, *Medio ambiente y Derecho penal*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2005, p. 19.

⁴⁶⁰ LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “El Derecho ambiental como Derecho de la función pública de protección de los recursos naturales”, en *La protección jurídica del medio ambiente*, Coord. José Manuel Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 106.

⁴⁶¹ La Convención sobre responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, (Consejo de Europa, Lugano, 21 de junio de 1993).

⁴⁶² Aunque DE MIGUEL PERALES precisa que dicha definición debe modificarse en dos aspectos: para él debería de excluirse “el patrimonio histórico, y matizaría que el paisaje, *per se*, no será un elemento protegible del medio ambiente, sino en la medida en que otros elementos ambientales (flora, fauna, agua, clima) se vean afectados”. Además hace referencia a la difícil precisión para obtener un concepto de medioambiente, y desde su punto de vista, la dogmática se debe decantar por un “concepto razonable, ni demasiado amplio ni demasiado estricto”. DE MIGUEL PERALES, Carlos, *Derecho español del medio ambiente*, Ed. Cívitas, Madrid, 2000, p. 24.

⁴⁶³ JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, Patricia, *El principio de prevención en el Derecho internacional del medio ambiente*, Ed. Ecoiuris, Madrid, 2001, p. 14.

elementos aislados, que constituyen el sistema”⁴⁶⁴. De igual forma, creemos conveniente consultar lo que la Real Academia Española dice acerca de medioambiente, que lo define mediante dos acepciones: como “conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales en que vive una persona” y también como “conjunto de circunstancias exteriores a un ser vivo que influyen en su desarrollo y en sus actividades”⁴⁶⁵. De esta manera, en nuestra opinión, el medioambiente debe considerarse como todo aquello que nos rodea, tanto medio natural como urbano, así como sus componentes necesarios para que exista la vida.

Como hemos observado, el medioambiente puede entenderse de diferentes maneras: como el “lugar o lugares donde la gente vive, trabaja, se mueve y se divierte”⁴⁶⁶; ello alude a la vida diaria del hombre (casas, oficinas, ciudades, parques, mar, etc.), en conexión con el entorno en donde se lleva a cabo la vida. Lo más sorprendente de este punto de vista es como la vida del ser humano es concebida como el centro del medioambiente, por lo que las áreas en donde la vida cotidiana no se desenvuelve no forman parte del mismo. Otro punto de vista sobre el medioambiente es el que da más importancia al enfoque natural y no al humano, tomando a este último como un usurpador del medioambiente. Un punto de vista distinto es el que se da cuando se manifiesta que antes que el hombre, existía ya un medioambiente, incluso después de nosotros habrá uno, extendiéndolo incluso a los lugares en donde no hay humanos, así como a las conurbaciones industriales, ciudades, etc., es decir, extendiendo el medioambiente a toda la Tierra⁴⁶⁷.

Los enfoques del medioambiente de los que hemos hablado son usualmente agrupados bajo las denominaciones de ecocentrismo y antropocentrismo. Estos puntos

⁴⁶⁴ “Esto implica, por otra parte, que el ambiente debe ser considerado como un todo, o como también suele decirse «holísticamente» (del griego *holos*, todo), pero teniendo claro que ese «todo» no es «el resto del Universo», pues algo formará parte del ambiente sólo en la medida en que pertenezca al sistema ambiental de que se trate”. BRAÑES, Raúl, *Manual de Derecho ambiental mexicano*, 2ª ed., 3ª reimpresión, Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2012, p. 20.

⁴⁶⁵ Diccionario de la lengua española. RAE, Vigésima segunda edición, 2011. Voz: medio.

⁴⁶⁶ Gobierno británico, White paper, *The reorganization of local Government*, Departamento de medio ambiente, Londres, 1970.

⁴⁶⁷ BELSHAW, Christopher, *Filosofía del medio ambiente...*, ob. cit., p. 20.

de vista son obviamente dos perspectivas distintas, aunque para algunos autores no se sabe si realmente son “dimensiones independientes o bien polos opuestos de un mismo continuo”, aunque “ambos aspectos están claramente relacionados”⁴⁶⁸. El ecocentrismo considera que la naturaleza contiene un valor inherente, independientemente de si le es de utilidad o no al ser humano, de manera que los ecocéntricos valoran a la naturaleza por sí misma; el antropocentrismo se centra en la creencia de que los humanos son superiores al resto de la naturaleza, por lo que, como resultado, se considera al humano como el legítimo dueño de la naturaleza y, por ende, puede utilizarla para sus propósitos, de modo que la naturaleza tiene un valor por su contribución a la calidad de la vida humana, satisfaciendo sus necesidades físicas y materiales⁴⁶⁹. Esta discusión sobre la visión del medioambiente tiene grandes repercusiones dentro del Derecho ambiental, prácticamente en todas sus ramas y manifestaciones, como veremos. En todo caso, el Derecho ha tenido que intervenir en la regulación del medioambiente⁴⁷⁰, con el fin de llevar un mejor cuidado de dicho bien mediante distintas estrategias como lo son las conservacionistas, higiénico-sanitarias, económicas, seguridad nacional, etc.

Esta “nueva rama jurídica”, llamada Derecho ambiental, es concebida por LOZANO CUTANDA como “un sistema normativo dirigido a la preservación del

⁴⁶⁸ AMÉRIGO, María, “Concepciones del ser humano y la naturaleza desde el antropocentrismo y el biosferismo”, en *Medio ambiente y comportamiento humano: Revista internacional de psicología ambiental*, Vol. 10, Nº 3, 2009, p.p. 218-219.

⁴⁶⁹ Véanse LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría del Derecho ambiental...*, ob. cit., p.p. 21-22; AMÉRIGO, María, “Concepciones del ser humano y la naturaleza desde el antropocentrismo y...”, ob. cit., p. 219; AMÉRIGO, María/ARAGONÉS, Juan Ignacio/FRUTOS, Belinda de, y otros, “Underlying dimensions of ecocentric and anthropocentric environmental beliefs”, en *The spanish journal of psychology*, Vol. 10, Nº1, 2007, p. 98; GONZÁLEZ, Antonio/AMÉRIGO, María, “Actitudes hacia el medio ambiente y conducta ecológica”, en *Psicothema*, Vol. 11, Nº1, 1999, p.p. 14-15; VALDIVIELSO, Joaquín, “La globalización del ecologismo. Del egocentrismo a la justicia ambiental”, en *Medio ambiente y comportamiento humano: Revista internacional de psicología ambiental*, Vol. 6, Nº 2, 2005, p. 192; BECKMANN, Suzzane C./KILBOURNE, William E./DAM, Ynte van/PARDO, Mercedes, “Anthropocentrism, value systems, and environmental attitudes: A multi-national comparison”, Department of Marketing, Copenhagen Business School. Denmark. Working Paper. en página web http://www.uc3m.es/portal/page/portal/grupos_investigacion/sociologia_cambio_climatico/, p. 3.

⁴⁷⁰ Según JAQUENOD DE ZSÖGÖN se debe considerar al “Derecho ambiental no como un nuevo Derecho, el Derecho es uno, sino como una nueva visión del Derecho, que incorpora en su seno a la compleja realidad y se constituye en el necesario eslabón integrador y regulador de esa realidad que, a diario le reclama y sólo en contadas ocasiones, es acertadamente escuchada”. JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia, *El derecho ambiental y sus principios...*, ob. cit., p. 32.

entorno humano mediante el control de la contaminación y la garantía de un uso sostenible de los recursos naturales”⁴⁷¹. CASSOLA PEREZUTTI mantiene que la “protección jurídica del medio ambiente tiende a asegurar la existencia de recursos renovables que implican un significado fundamental para la sociedad, y que en mérito al aumento fundamental de sus explotaciones y de sus usos, tienen cada vez menos posibilidad de regeneración”⁴⁷². Para MARTÍN MATEO “la especificidad del derecho ambiental vendría dada por la respuesta que puede ofrecer frente a conductas negativamente perturbadoras del equilibrio ecológico”⁴⁷³. Señala LÓPEZ RAMÓN que “el Derecho ambiental integra el conjunto de regulaciones referido a la función específica de protección de los recursos naturales”⁴⁷⁴. BRAÑES opina que se trata del “conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos”⁴⁷⁵. A nuestro juicio, el Derecho ambiental debe definirse como el sector del Derecho que se encarga de regular y proteger el medio natural y urbano, delimitando el uso sostenible de los recursos naturales para satisfacer las necesidades del ser humano sin incidir en el equilibrio ecológico.

4.2. El medioambiente en la Constitución

Como hemos mencionado, la definición de medioambiente constituye aún un problema, sobre todo si se quiere encontrar una definición unificada para el Derecho, por lo que creemos que es conveniente para nuestro estudio mirar hacia la

⁴⁷¹ LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo...*, ob. cit., p. 35.

⁴⁷² CASSOLA PEREZUTTI, Gustavo, *Medio ambiente y Derecho penal...*, ob. cit., p. 19.

⁴⁷³ MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental*, T. I,..., ob. cit., p. 88.

⁴⁷⁴ LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “El Derecho ambiental como Derecho de la función pública de...”, ob. cit., p. 117.

⁴⁷⁵ BRAÑES, Raúl, *Manual de Derecho ambiental mexicano...*, ob. cit., p. 29.

Constitución⁴⁷⁶, con el fin de poder obtener la más acertada definición de lo que debe entenderse por medioambiente, además de observar la protección que ésta le concede al mismo. En su artículo 45.1 establece: “todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”; además, en el segundo apartado del mismo artículo se ordena que “los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”⁴⁷⁷. De ello, cabe deducir el carácter antropocentrista (en su vertiente moderada)⁴⁷⁸ que otorga la Constitución, colocándolo al ser humano como el centro de la protección ambiental⁴⁷⁹. En cualquier caso, la

⁴⁷⁶ Ya desde la Constitución española de 1931 existen precedentes sobre la protección del medioambiente; en su artículo 45.1 se establecía que “el Estado protegerá también los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o histórico”. Pero existen constituciones en donde se adopta con anterioridad, como es el caso mexicano, en su Constitución de 1917, cuyo artículo 27 se refiere a la conservación de los elementos naturales. CANOSA USERA, Raúl, *Constitución y medio...*, ob. cit., p. 30.

⁴⁷⁷ LORENTE AZNAR, César J., *Empresa, derecho y medio ambiente...*, ob. cit., p. 17; SÁNCHEZ MELGAR, Julián, “La jurisprudencia penal en materia medioambiental”, en *Incidencia medioambiental y Derecho sancionador*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 62 y ss; MARTÍN MORALES, Ricardo, “Constitución y medio ambiente”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Editores Esteban Pérez Alonso y Otros, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p.p. 549 y ss; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, “Concepto de medio ambiente”, en *Tratado de Derecho ambiental*, Dirs. Luis Ortega Álvarez/Consuelo Alonso García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p.p. 43-44; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, “La protección del medio ambiente en la Constitución española”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en Código penal y la legislación especial*, Dir. Patricia Faraldo Cabana, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p.p. 55-57.

⁴⁷⁸ En este sentido ALCALÉ SÁNCHEZ sostiene que “el concepto de medio ambiente que subyace a las previsiones constitucionales es uno moderadamente antropocéntrico, al incluir en su interior referencias a los recursos naturales y al equilibrio ecológico, pero también a la calidad de vida” (ALCALÉ SÁNCHEZ, María, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Tomo IV*, Ed. Iustel, Madrid, 2012, p. 302). Para CANOSA USERA “los problemas medioambientales son ya de tal magnitud que importa menos si se adopta un punto de vista ecocentrista o antropocentrista para abordarlos” (CANOSA USERA, Raúl, *Constitución y medio...*, ob. cit., p. 22).

⁴⁷⁹ LORENTE AZNAR, César J., *Empresa, derecho y medio ambiente...*, ob. cit., p.p. 17-18; SANTA CECILIA GARCÍA, Fernando, “Accesoriedad y bien jurídico en delitos medioambientales: una constante paradoja”, en *Religión, matrimonio y Derecho ante el Siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls*, Vol. II, Ed. Iustel, Madrid, 2013, p. 3679. Para RODRÍGUEZ RAMOS el concepto del medioambiente que mantiene la Constitución es “materialmente amplio, aun cuando sufra importantes limitaciones por el antropocentrismo” (RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “El medio ambiente en la Constitución española...”, ob. cit., p. 37).

protección jurídica hacia el medioambiente se encuentra amparada mediante su incorporación en la Constitución.

Por su parte, el Tribunal Constitucional también se ha encargado de dar contenido a la definición del medioambiente, mediante la **STC 102/1995**, de 26 de junio, en la cual se expresó un concepto de bastante amplitud, en su FJ 4, donde se establece: “el «medio ambiente» consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida. Las personas aceptan o rechazan esas posibilidades, las utilizan mal o bien, en virtud de la libertad humana. El medio no determina a los seres humanos, pero los condiciona”, continúa el TC, “en pocas palabras, el entorno vital del hombre en un régimen de armonía, que aúna lo útil y lo grato”. También, el TC señala que dicho entorno lo componen “una serie de elementos o agentes geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales que rodean a los seres vivos y actúan sobre ellos para bien o para mal, condicionando su existencia, su identidad, su desarrollo y más de una vez su extinción, desaparición o consunción”. Cabe resaltar el carácter que asigna al concepto el TC, “el ambiente, por otra parte, es un concepto esencialmente antropocéntrico y relativo. No hay ni puede haber una idea abstracta, intemporal y utópica del medio, fuera del tiempo y del espacio. Es siempre una concepción concreta, perteneciente al hoy y operante aquí”. Además señala el TC sobre el medioambiente, “se configura un derecho de todos a disfrutarlo y un deber de conservación que pesa sobre todos, más un mandato a los poderes públicos para la protección (artículo 45 CE)”.

Con ello, el TC acoge una amplia definición del medioambiente y además reafirma el carácter antropocéntrico, que ya había sido otorgado por la Constitución, de manera que el medioambiente sirve a los intereses y necesidades del ser humano, aunque siempre protegiéndolo⁴⁸⁰. También debemos observar la proclamación en el artículo 45 CE, reiterada en la mencionada STC⁴⁸¹, del “derecho-deber” de proteger,

⁴⁸⁰ CANOSA USERA, Raúl, *Constitución y medio...*, ob. cit., p. 252.

⁴⁸¹ Además de la **STC 102/1995**, de 26 de junio, podemos encontrar otras Sentencias del TC relativas al medioambiente, como las **SSTC 64/1982**, de 4 de noviembre; **227/1988**, de 29 de noviembre; **170/1989**, de 19 de octubre; **149/1991**, de 4 de julio; **199/1996**, de 3 de diciembre; **13/1998**, de 22 de enero; **15/1998**, de 22 de enero; **40/1998**, de 21 de mayo; **90/2000**, de 30 de marzo; **166/2000**, de 15 de junio; **289/2000**, de 30 de noviembre; **306/2000**, de 12 de diciembre;

que recae sobre todos, pero igualmente establece a los poderes públicos como los encargados de su utilización racional, su protección, su mejora, así como la restauración del mismo, para mejorar la calidad de vida⁴⁸². En este contexto, en donde la “utilización racional” de los “recursos naturales” debe ser velada por los “poderes públicos”, y aunque en un principio las cuestiones como el aire y el agua no se planteaban como bienes económicos, debido a no ser escasos, la realidad cualitativa y cuantitativa los han llevado a ser materias de protección, por lo que todos los recursos naturales deben ser utilizados de acuerdo a las necesidades de desarrollo social y económico del país. La racionalización de los mismos pueden plantear un problema, por lo que deben conocerse la cantidad y calidad de los recursos con que se cuentan, además de impulsar las planificaciones, tanto generales como sectoriales, para la protección y restauración de los recursos, así como garantizar el control de la ejecución de dichos planes⁴⁸³.

La utilización racional y protección de los recursos naturales se trata en la **STC 64/1982**, de 4 de noviembre, la cual se pronuncia sobre la finalidad de las proclamaciones constitucionales ambientales, apuntando a ellas dentro de su FJ 2, en donde manifiesta la necesidad de un “mejor desarrollo de la persona” y con ello asegurar una “mejor la calidad de vida”, encuadrando dichas formulaciones dentro de la “utilización racional” de los recursos naturales para poder garantizar la “protección de la naturaleza”, lo que se orienta mediante una “armonización”. También cabe señalar que dentro de la **STC 102/1995**, de 26 de junio, en su FJ 8, se proclama la “solidaridad colectiva y garantizando su disfrute por todos del medioambiente, así como el correlativo deber de conservación en régimen de igualdad”, haciendo alusión al deber de conservarlo, lo que es atribuible al Estado mediante sus competencias ambientales⁴⁸⁴.

9/2001, de 18 de enero; **194/2004**, de 10 de noviembre; **33/2005**, de 17 de febrero; **100/2005**, de 20 de abril; **101/2005**, de 20 de abril; **331/2005**, de 15 de diciembre; **32/2006**, de 1 de febrero; **247/2007**, de 12 de diciembre; **138/2009**, de 15 de junio; **1/2012**, de 13 de enero, **38/2012**, de 26 de marzo; **101/2012**, de 8 de mayo; **149/2012**, de 5 de julio; **151/2012**, de 5 de julio; **168/2012**, de 1 de octubre, entre otras.

⁴⁸² RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 231.

⁴⁸³ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “El medio ambiente en la Constitución española...”, ob. cit., p. 37.

⁴⁸⁴ CANOSA USERA, Raúl, *Constitución y medio...*, ob. cit., p.p. 89-90.

Como hemos visto, la CE en su artículo 45 establece como elementos del medioambiente a los recursos naturales, siendo el Tribunal Constitucional el que ha llevado a cabo una categorización más amplia mediante la mencionada Sentencia **102/1995**, dentro de su FJ 6, que recoge: “los bienes de la naturaleza, el aire o la atmósfera y el agua, cuyo carácter de recurso vital y escaso hemos reconocido (STC 227/1988)... la fauna, sino también la flora forman parte de este conjunto cuyo soporte físico es el suelo (y el subsuelo) que puede ser visto y regulado desde distintas perspectivas, como la ecológica, la dasocrática o forestal, la hidrológica, la minera o extractiva, la cinegética y la urbanística”. Para adherir elementos, el Alto Tribunal también reconoce “el paisaje, noción estética, cuyos ingredientes son naturales -la tierra, la campiña, el valle, la sierra el mar- y culturales, históricos, con una referencia visual, el panorama o la vista, que a finales del pasado siglo obtiene la consideración de recurso, apreciado antes como tal por las aristocracias, generalizado hoy como bien colectivo, democratizado en suma y que, por ello, ha de incorporarse al concepto constitucional del medio ambiente”⁴⁸⁵.

4.3. El medioambiente en el Derecho Internacional

Es importante resaltar la trascendencia del medioambiente en el ámbito internacional, en donde ha jugado un papel determinante para la protección dentro de las legislaciones nacionales, y es que podemos observar varios Tratados, Convenciones, Declaraciones, Cumbres y demás actuaciones internacionales que han impulsado la protección del medioambiente en los distintos países. La problemática de la contaminación a nivel mundial comenzó a desatar preocupación entre la gente, por lo que empezaron a crearse asociaciones para defender “la calidad de vida” mediante la protección ambiental, en donde se exponía la necesidad de dictar medidas para reducir la contaminación (particularmente en Estados Unidos, en donde se venía celebrando el “día de la naturaleza – earth day”), y no solo con simples acusaciones o informes de prensa⁴⁸⁶. Aunque se ha avanzado en este sentido, sigue habiendo debilidad por parte

⁴⁸⁵ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho penal...*, ob. cit., p. 243.

⁴⁸⁶ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ DE PRADA, Valentín, “La conferencia de Estocolmo sobre medio ambiente”, en *Revista de administración pública*, N°68, 1972, p.p. 381-383;

del sistema internacional para la protección ambiental, siendo una de las razones la resistencia que siguen presentando los distintos Estados a renunciar a su soberanía. Si bien la institución más importante a nivel internacional, las Naciones Unidas, ha reforzado su presencia considerablemente, no ha logrado obtener el consenso necesario para que todos los países acaten una directriz conjunta en materia de medioambiente⁴⁸⁷.

4.3.1. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de Estocolmo

Debemos mencionar importantes actos de la comunidad internacional, como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano⁴⁸⁸, mejor conocida como la Conferencia de Estocolmo, la cual para algunos autores representa “la fase de madurez de la Humanidad en la adquisición de la correcta conciencia de lo que puede – o podía– significar un descuido o abandono de una naturaleza que por estar ahí –y por haberlo estado siempre– no había merecido la atención que «grandemente» se merece”⁴⁸⁹. Pero de esta Conferencia tan solo se pudieron adoptar medidas que poseen carácter declarativo y recomendatorio, lo cual estaba justificado para su momento, debido a que sólo se podía realizar un diagnóstico y adoptar directrices políticas, no una regulación específica (Tratados) “de cuestiones que todavía necesitaban de una cierta maduración”⁴⁹⁰.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, *Sistema jurídico-administrativo de protección...*, ob. cit., p.p. 37-ss.

⁴⁸⁷ MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho ambiental...*, ob. cit., p. 79.

⁴⁸⁸ Celebrada en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972 por la ONU, convocada mediante la resolución 2398, de 3 de diciembre de 1968. La conferencia Mundial sobre el Medio Humano fue preparada por un Comité Especial compuesto por representantes de 27 Estados. Contó con la asistencia de 113 representaciones estatales, más de 400 organizaciones no gubernamentales, además de personalidades invitadas.

⁴⁸⁹ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ DE PRADA, Valentín, “La conferencia de Estocolmo sobre medio ambiente...”, ob. cit., p.p. 384-385.

⁴⁹⁰ JUSTE RUIZ, José, *Derecho internacional del medio ambiente*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 19. También véase, SCHNEIDER, Jan, *World public order of the environment. Towards an international ecological law and organization*, Ed. Stevens & Sons, Canadá, 1979, p.p. 4-5

El instrumento más importante que nació de la Conferencia fue la Declaración de Estocolmo de 1972⁴⁹¹, la cual supuso el arranque en la protección internacional del medioambiente⁴⁹², hasta el punto de que algunos autores como DIEZ DE VELASCO la consideran como la “verdadera Carta Magna del ecologismo internacional”⁴⁹³. La Declaración está compuesta de 26 Principios, los cuales manifiestan la problemática ambiental internacional y los criterios para su tratamiento, pero estos requieren complementarse con los textos nacionales (leyes o reglamentos), influyéndolos para

⁴⁹¹ Puede consultarse en la página web: <http://www.pnuma.org/docamb/mh1972.php>

⁴⁹² Si bien es en los años 70 y a partir de dicha Declaración, que se toma como el punto de partida para el Derecho internacional del medioambiente, existieron unos primeros elementos internacionales que deben ser tenidos en cuenta, como el Convenio de París de 19 de marzo de 1902, sobre la protección de las aves útiles a la agricultura; los Convenios de Washington de 7 de febrero (Estados Unidos-Reino Unido) y de 7 de julio de 1911 (Estados Unidos, Reino Unido, Rusia y Japón) sobre la protección de las focas para la peletería. También el Convenio entre Estados Unidos y Reino Unido de 11 de enero de 1909 relativo a la protección contra la contaminación de los ríos fronterizos con los dominios de Canadá. Asimismo, han existido herramientas jurídicas internacionales que se encaminaban a una perspectiva ecológica más similar a la actual, como el Convenio de Londres de 8 de noviembre de 1933 para la conservación de flora y fauna natural en África y el Convenio de Washington de 12 de octubre de 1940 para la protección de la flora, la fauna y las bellezas panorámicas naturales en los países de América. Después de la segunda guerra mundial se inició una preocupación ambiental más específica mediante instrumentos convencionales para la protección de las aguas dulces y las aguas del mar, como ejemplo esta el Protocolo firmado entre Francia, Bélgica y Luxemburgo para la protección de las aguas fronterizas del 8 de abril de 1950, y los Convenios para combatir la contaminación del río Mosela del 27 de octubre de 1956, del lago Lemán de 16 de noviembre de 1962, o del río Rin de 29 de abril de 1963. Para las aguas marinas el Convenio de Londres para la prevención de la contaminación del mar por hidrocarburos de 12 mayo de 1954, que se trataba de la primera herramienta internacional que intento regular la contaminación por buques. Los países ribereños del Mar del Norte celebraron el 9 de julio de 1969 el Convenio de Bonn para la lucha contra la contaminación de las aguas del mar en caso de accidente por hidrocarburos; el Convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1969 sobre intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos; el Convenio de Bruselas de 18 de diciembre de 1971, sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos. En un ámbito de organismos regionales podemos mencionar la Declaración sobre la lucha contra la contaminación del aire de 8 de marzo de 1968 promovida por el Consejo de Europa, también la Carta europea del agua de 6 de mayo de 1968; por su parte la Organización de la Unidad Africana promovió la Convención africana sobre protección de la naturaleza y los recursos naturales de 15 de septiembre de 1968. Véase JUSTE RUIZ, José, *Derecho internacional del medio...*, ob. cit., p.p. 16-18.

⁴⁹³ DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho internacional público*, 17ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2009, p. 763.

constituir legislaciones ambientales que sigan este punto de partida como referencia para la protección de los recursos naturales de cada país⁴⁹⁴.

Cabe mencionar que en la Declaración también podemos observar el mencionado carácter “antropocentrista”, mismo que mantiene la Constitución española. En el Principio 1 de la Declaración se señala: “El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”. Esta Declaración es acorde con la Constitución española y con la mayoría de las Constituciones que se refieren al medioambiente como un elemento esencial para el desarrollo del ser humano, además de que se abarca tanto lo natural como lo artificial⁴⁹⁵. También debemos citar el Principio 24 de dicha Declaración, del cual podríamos decir que se trata de uno de los más importantes dentro de la mencionada herramienta internacional; éste declara que “Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados, para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los Estados”.

A partir de la Conferencia de Estocolmo nace en el plano institucional el PNUMA (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente)⁴⁹⁶, establecido en

⁴⁹⁴ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ DE PRADA, Valentín, “La conferencia de Estocolmo sobre medio ambiente...”, ob. cit., p. 395; MEDINA DE LEMUS, Manuel, *Medio ambiente. Protección y responsabilidad*, Ed. Dilex, Madrid, 2007, p. 30.

⁴⁹⁵ LORENTE AZNAR, César J., *Empresa, derecho y medio ambiente...*, ob. cit., p. 19.

⁴⁹⁶ “Consta de un Consejo de Gobierno, formado por 58 miembros elegidos por la Asamblea General de Naciones Unidas por un período de tres años y de una Secretaría al frente del cual se encuentra el Director Ejecutivo del Programa. Tras más de 30 años de existencia este Programa de las Naciones Unidas, sigue funcionando de forma vigorosa y cuenta con un bagaje nada desdeñable en cuanto a la labor que ha desempeñado, en muchos casos pese a las numerosas críticas que recibe” (LAGO CANDEIRA, Alejandro, “Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)”, en *Diccionario de Derecho ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, p. 1001). También véase OLARTE BÁCARES, Diana Carolina, “La efectividad del Derecho internacional del medio ambiente”, en *Revista colombiana de Derecho internacional*, N°5,

el mismo año por la Resolución 2997 de la Asamblea General de Naciones Unidas⁴⁹⁷. Esta institución se encarga de orientar y actuar como instrumento para impulsar el desarrollo de programas para la cooperación internacional ambiental. Entre lo más destacado que ha promovido el PNUMA se encuentra la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, de 12 de diciembre de 1974, los Principios de conducta en el ámbito del medio ambiente en materia de conservación y utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados, aprobados por el Consejo de Administración del PNUMA, el 19 de mayo de 1978, así como la Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada mediante Resolución de la Asamblea General el 28 de octubre de 1982⁴⁹⁸. También entre sus logros podemos destacar el desarrollo de todo el programa de mares regionales, la negociación de alguna de las más importantes convenciones globales, tales como la Convención de Viena de 1985 y el Protocolo de Montreal de 1987, la Convención de Basilea de 1989 o el propio Convenio de Diversidad Biológica de 1992, por citar algunos de los más relevantes⁴⁹⁹.

A partir de la Conferencia y de los instrumentos que florecieron de ella se considera que nace el Derecho internacional del medioambiente, el cual puede ser definido como “el conjunto de principios y de normas internacionales que protegen la Biosfera o el Ecosistema global”⁵⁰⁰, y su cometido es “la protección de un interés

2005, p. 435; ROLDÁN BARBERO, Javier, “España y la protección internacional del medioambiente”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Editores Esteban Pérez Alonso y Otros, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p.143.

⁴⁹⁷ El PNUMA tiene su sede principal en Nairobi, Kenia, pero cuenta con otras oficinas regionales como la de México para América Latina y el Caribe, en donde se encarga de la Red de Formación Ambiental en esta región. Así mismo, el PNUMA se encuentra en estrecha relación con el PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo), que se encarga de ayudar a mejorar la infraestructura para el cuidado del medioambiente en los países en desarrollo. También es importante señalar que el PNUMA y el PNUD se encargan de gestionar y facilitar, a través del Banco Mundial, fondos para cuestiones ambientales (Fondo para el Medio Ambiente Mundial, o GEF Global Environment Facility), este fondo fue creado el 15 de mayo de 1991. Esta financiación constituye “la masa más importante de recursos económicos para afrontar necesidades de equipamiento ambiental”. El Banco también se encarga del Fondo Fiduciario para proyectos de protección de la capa de ozono, el emana del Protocolo de Montreal, así como los recursos del Convenio sobre la Biodiversidad. MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho ambiental...*, ob. cit., p.p. 79-80.

⁴⁹⁸ JUSTE RUIZ, José, *Derecho internacional del medio...*, ob. cit., p. 20.

⁴⁹⁹ LAGO CANDEIRA, Alejandro, “Programa de las Naciones Unidas para...”, ob. cit., p. 1001.

⁵⁰⁰ JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, Patricia, *El principio de prevención en el Derecho internacional del medio...*, ob. cit., p. 14.

común de la Humanidad por encima de los intereses particulares de los Estados: no ya la supervivencia del conjunto de los seres humanos, sino el «derecho» de las generaciones futuras a recibir un medio ambiente digno aparecen como elementos en la formación de principios y normas de «equidad intergeneracional»⁵⁰¹.

Durante el tiempo siguiente a la Conferencia de Estocolmo no se pudo contener el daño ambiental, a pesar del éxito de ésta, por lo que la situación se agravó sin remedio para lo que ya estaba dañado. A pesar de ello, nacieron más instrumentos jurídicos para proteger el medioambiente a nivel internacional, como la Convención sobre Comercio Internacional Flora y Fauna Amenazadas de 1975, la Convención de Viena de 1985 y también la ya mencionada Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, la cual tuvo una orientación ecocéntrica, girando entorno a valores ecológicos y persiguiendo la protección de la naturaleza. Dicho documento no tuvo una gran repercusión pero podríamos decir que se trata de un “buen documento de transición que introdujo algunos valores y orientaciones diferentes” a las expuestas en la Conferencia⁵⁰². No fue hasta 1992 cuando se convocó un intento similar al de 1972, la Conferencia de Río, la cual tiene su punto de partida en el Informe Brundtland de 1987, con el título “Nuestro futuro común”, el cual fue encargado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y fue el resultado de los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo; además debemos apuntar que en dicho Informe se acuña el concepto de desarrollo sostenible o sustentable⁵⁰³.

⁵⁰¹ DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho internacional público...*, ob. cit., p. 770.

⁵⁰² LAGO CANDEIRA, Alejandro, “Conferencias de medio ambiente y desarrollo: Estocolmo, Río, Johannesburgo”, en *Diccionario de Derecho ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, p.p. 347-348.

⁵⁰³ JUSTE RUÍZ señala que “a partir de las conclusiones, a veces alarmantes, de este importante informe, se inició un movimiento en pos del llamado «ecodesarrollo», inspirado en la idea de conciliar el desarrollo económico de los pueblos con la salvaguardia de los valores ambientales” (JUSTE RUIZ, José, *Derecho internacional del medio...*, ob. cit., p. 21). Véase también LAGO CANDEIRA, Alejandro, “Conferencias de medio ambiente y desarrollo...”, ob. cit., p. 348. Para LÁZARO CALVO “es un documento político cuya finalidad es hacer ver a los líderes mundiales que los problemas ambientales y el desarrollo no son cuestiones aisladas sino que ambas son inseparables. En este sentido el mayor logro de este Informe fue la definición de un concepto, que ya había surgido anteriormente pero que no había sido definido, concretamente el desarrollo sostenible, en el siguiente sentido: «Está en manos de la humanidad hacer que el desarrollo sea sostenible, es decir, que satisfaga las necesidades presentes sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias»” (LÁZARO CALVO,

4.3.2. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río

Una segunda oportunidad para la protección internacional del medioambiente vino con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la cual se llevó a cabo en Río de Janeiro, Brasil, del 3 al 14 de junio de 1992, y contó con la asistencia de las representaciones de 176 Estados, de los cuales 103 eran Jefes de Estado, más de 50 organizaciones internacionales y varias ONG's. Los resultados de la Conferencia fueron la apertura a la firma de dos Convenios, el de Diversidad Biológica y el de Cambio Climático, además de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, que proclama las responsabilidades “comunes pero diferenciadas” de los Estados (asignando una responsabilidad primordial a los Estados desarrollados), aunque se trata de un documento no vinculante de principios para la conservación y el uso sostenible de todos los tipos de bosques, y también un Programa de Acción, mejor conocido como Agenda 21⁵⁰⁴.

La Declaración de Río contiene 27 principios⁵⁰⁵, los cuales mantienen la posición de un equilibrio entre los objetivos de la protección del medio ambiente y el desarrollo económico. Cabe mencionar que se trata de un instrumento de derecho suave o *soft law*⁵⁰⁶, no vinculante jurídicamente. Este instrumento nació inicialmente con la

Trinidad, *Derecho internacional del medio ambiente*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005, p.p. 280-281).

⁵⁰⁴ LAGO CANDEIRA, Alejandro, “Conferencias de medio ambiente y desarrollo...”, ob. cit., p. 348; JUSTE RUIZ, José, “El Derecho Internacional frente a los desafíos ambientales globales”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Editores Esteban Pérez Alonso y Otros, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 126.

⁵⁰⁵ Puede consultarse en la página web: http://www.un.org/esa/dsd/agenda21_spanish/res_riodecl.shtml

⁵⁰⁶ El *Soft Law*, debe ser entendido “por la necesidad de explicar la existencia de obligaciones internacionales de carácter general, cuyo contenido no se halla muy concretado, y que permiten una gran libertad de actuación a los Estados, en el sentido de que éstos consideran que contienen un grado de obligatoriedad muy reducido debido en unos casos a la naturaleza jurídica de los textos que las incorporan (Resoluciones, Recomendaciones, Declaraciones, etc.) al lenguaje utilizado (el condicional o formulaciones vagas), o a la generalidad con que son expresados. En este sentido, el «*soft law*» se opondría al derecho duro –que es el tradicional– por el hecho de

esperanza de que fuese una verdadera Carta de la Tierra, que estableciera los principios normativos para proteger el medioambiente, lo cual no sucedió y, en cambio, se convirtió en una modesta Declaración⁵⁰⁷.

El carácter antropocéntrico lo volvemos a encontrar dentro de la Declaración de Río, en su Principio 1, pero esta vez incluye el concepto de «desarrollo sostenible», señalando lo siguiente: “los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”; dicho concepto también lo recoge en varios de sus Principios, como el 3, que establece: “el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”, y el Principio 4, que señala lo siguiente: “a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada”.

El desarrollo sostenible encuentra su sustento básico dentro de la Declaración de Río, en los principios que lo inculcan como objetivo para la Humanidad dentro del siglo

que sería menos coaccionante para los actores jurídicos, porque les dejaría una mayor amplitud de elección de comportamientos” (FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos, *La protección del medio ambiente en Derecho internacional, Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Ed. Eusko Jaurlaritza, Bilbao, 1992, p. 103). “El *soft law*, para ser Derecho, debe ser considerado como enunciativo de obligaciones jurídicas en sentido técnico-jurídico” (JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, Patricia, *El principio de prevención en el Derecho internacional del medio...*, ob. cit., p. 21). “El carácter eminentemente funcional del Derecho internacional del medio ambiente contribuye a dar a sus normas una contextura flexible, configurando un universo jurídico particularmente fluido que presenta los perfiles característicos de lo que ha dado en denominarse *soft law*”. El contenido normativo es blando y presenta “una intensidad atenuada, expresada en compromisos mitigados, susceptibles de modulación a voluntad. Y es que las normas del Derecho internacional del medio ambiente se acomodan mejor a la tenue presión de las obligaciones de comportamiento, que al estricto rigor de las obligaciones de resultado. Proliferan así los deberes de informar, de consultar, de controlar de vigilar, de negociar... con preferencia a las obligaciones taxativas de hacer o no hacer” (JUSTE RUIZ, José, *Derecho internacional del medio...*, ob. cit., p.p. 44-45).

⁵⁰⁷ Su título original “Carta de la Tierra” fue modificado debido a la “insistencia de los países en desarrollo que afirmaban que con ese título se daba una preferencia a los asuntos medioambientales y no se alcanzaba el objetivo de la Conferencia de integrar el medio ambiente y el desarrollo” (LÁZARO CALVO, Trinidad, *Derecho internacional del medio...*, ob. cit., p.p. 283-284). También véase JUSTE RUIZ, José, *Derecho internacional del medio...*, ob. cit., p. 24.

XXI, constituyendo un marco para el desarrollo de un Derecho ambiental internacional y un referente para su adopción en las legislaciones nacionales⁵⁰⁸.

Por su parte, la Agenda 21 o Programa 21⁵⁰⁹, es un plan de acción no vinculante, que tiene por objetivo lograr el desarrollo sostenible. Este instrumento ha recibido gran apoyo en la práctica, muchos países han adoptado medidas para promover y lograr el desarrollo sostenible, impulsando estrategias tanto a nivel nacional, como regional y local⁵¹⁰. La propia Agenda 21 refleja “un consenso mundial y compromiso político al nivel más alto sobre el desarrollo y la cooperación en la esfera del medio ambiente” (en su punto 1.3), y recae en los Gobiernos “la puesta en práctica de estrategias nacionales, planes, políticas y procesos que deben ser apoyados y complementados por la cooperación internacional”⁵¹¹.

4.3.3. El Protocolo de Kyoto

Otra de las herramientas más importantes a nivel internacional fue adoptada el 10 de diciembre de 1997: El Protocolo del Convenio marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, o mejor conocido como el Protocolo de Kyoto⁵¹², con la finalidad de estabilizar las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera, así como para disminuir las emisiones a un nivel que impida daños en el sistema climático⁵¹³. Los gases contemplados en el Protocolo son: Dióxido de carbono

⁵⁰⁸ LAGO CANDEIRA, Alejandro, “Conferencias de medio ambiente y desarrollo...”, ob. cit., p. 350; JUSTE RUIZ, José, *Derecho internacional del medio...*, ob. cit., p. 26.

⁵⁰⁹ Puede consultarse en la página web: http://www.un.org/esa/dsd/agenda21_spanish/

⁵¹⁰ LAGO CANDEIRA, Alejandro, “Principios generales de Derecho ambiental”, en *Diccionario de Derecho ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, p. 992.

⁵¹¹ LAGO CANDEIRA, Alejandro, “Conferencias de medio ambiente y desarrollo...”, ob. cit., p. 351; LÁZARO CALVO, Trinidad, *Derecho internacional del medio...*, ob. cit., p. 284.

⁵¹² Puede consultarse en la página web: http://unfccc.int/portal_espanol/informacion_basica/protocolo_de_kyoto/items/6215.php

⁵¹³ JUSTE RUIZ, José, *Derecho internacional del medio...*, ob. cit., p. 298; ROLDÁN BARBERO, Javier, “España y la protección internacional del medioambiente”..., ob. cit., p.p. 168-169.

(CO₂), Metano (CH₄), Óxido nitroso (N₂O), Hidrofluorocarbonos (HFC), Perfluorocarbonos (PFC), Hexafluoruro de azufre (SF₆).

El Protocolo introduce una serie de mecanismos para combatir el cambio climático y para lograr las metas establecidas en él, tales como: el comercio de los derechos de emisión, lo que se conoce como «el mercado del carbono», aplicación conjunta, fondo de adaptación o cuenta de ahorros, y mecanismo para un desarrollo limpio; este último se dirige a los países en desarrollo, para que éstos puedan cumplir los compromisos asumidos para reducir las emisiones⁵¹⁴.

4.3.4. La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo

La Cumbre de Johannesburgo⁵¹⁵, también conocida como Río +10, realizada del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002, en principio se llevó a cabo para celebrar el décimo aniversario de la Cumbre de Río, y a diferencia de Estocolmo y Río, en esta ocasión no hubo Declaración con principios de derecho suave, sino que hubo una Declaración política. El único éxito de la Cumbre fue la elaboración del Plan de Acción de Johannesburgo, el cual se caracteriza por contener extensos compromisos y aspiraciones generales, pero no acciones concretas como en la Agenda 21. El Plan solamente se basa en ciertos compromisos y en pocas áreas, siendo el agua, energía, salud, atmósfera y biodiversidad las prioridades de Johannesburgo para el desarrollo sostenible, denominándose el plan como “WEHAB”⁵¹⁶.

⁵¹⁴ JUSTE RUIZ, José, *Derecho internacional del medio...*, ob. cit., p.p. 298-299.

⁵¹⁵ Puede consultarse en la página web: <http://www.un.org/spanish/conferences/wssd/basicinfo.html>

⁵¹⁶ LAGO CANDEIRA, Alejandro, “Conferencias de medio ambiente y desarrollo...”, ob. cit., p.p. 352-353; LAGO CANDEIRA, Alejandro, “Programa de las Naciones Unidas para...”, ob. cit., p. 1009; ALONSO GARCÍA, Enrique, “Concepto de medio ambiente como el objeto del Derecho...”, ob. cit., p. 341.

4.3.5. Río +20

La Conferencia de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas⁵¹⁷ tuvo lugar del 20 al 22 de junio de 2012, en Río de Janeiro, Brasil, y justamente por eso se la conoce como Río +20, por el 20 aniversario de la Cumbre de la Tierra de 1992. Entre sus objetivos se encontraban: alcanzar un acuerdo que permitiera establecer mecanismos para reducir la pobreza y aumentar el bienestar humano sin dañar el medioambiente ni agotar los recursos, por lo que se pretendía renovar el acuerdo político sobre desarrollo sostenible, además de evaluar los avances logrados en la implementación de los acuerdos anteriores y proponer nuevos retos. La cumbre estuvo centrada en dos conceptos de gran relevancia para el medioambiente: economía verde y desarrollo sostenible (se esperaba que para la economía verde se emitiera una definición y la creación de un mecanismo que lo pusiera en marcha, y sobre el desarrollo sostenible, fortalecerlo mediante las instituciones de la ONU que protegen al medioambiente). El resultado más claro que obtuvo la Conferencia es un documento no vinculante llamado “El Futuro que Queremos”. En él, los 192 Jefes de Estado que acudieron, renovaron su compromiso político para un desarrollo sostenible y además, declararon su compromiso con la promoción de un futuro sostenible. El documento también reafirma los planes de acción como la Agenda 21, pero de todas formas los resultados obtenidos no fueron los deseados, ya que no se profundizó en los acuerdos de 1992, y además no se asumió la urgencia de protección ambiental que se refleja desde el mundo científico y ambientalista⁵¹⁸.

4.3.6. Principios de Derecho medioambiental

A partir de las herramientas internacionales más importantes para la protección ambiental, sobre todo las Declaraciones de Estocolmo y Río, se intentan elaborar una serie de principios que rijan las normativas ambientales, tanto las internas, como las internacionales. A pesar de provenir de instrumentos de *soft law*, han sido reconocidos

⁵¹⁷ Puede consultarse en la página web: <http://www.uncsd2012.org/>

⁵¹⁸ COROMINAS, Carlos, “Una nueva oportunidad perdida. Río +20. Crónica de la Cumbre”, en *Revista Seguridad y medio ambiente*, Fundación Mapfre, Año 32, N° 127, 2012, p.p. 12-20.

justamente como Principios de Derecho ambiental, obteniendo amplio apoyo por parte de los Estados, haciendo uso de ellos e instituyéndolos dentro de las normativas ambientales internas, así como en internacionales⁵¹⁹.

Los principios de Derecho ambiental a los que nos referimos son: el principio de cooperación, principio de prevención, principio de desarrollo sostenible, principio de responsabilidad común pero diferenciada, principio de precaución y principio quien contamina paga.

El *principio de cooperación* se caracteriza por exhortar a los Estados a atender a los problemas ambientales transfronterizos y globales o aquellos que afecten a bienes comunes⁵²⁰. Este principio ya se recogía desde la Declaración de Estocolmo, en su principio 24, que ya hemos mencionado anteriormente, pero debemos recordar lo siguiente: “Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación... a la protección y mejoramiento del medio. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales... para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales... para el medio...”.

Sobre el *principio de prevención* podemos decir que es “la columna vertebral del Derecho internacional del medio ambiente”, el cual está basado en la responsabilidad que tiene todo Estado de adoptar las medidas necesarias para evitar cualquier daño ambiental que pueda ocurrir, independientemente de la dimensión del daño y de si éste es transfronterizo o no. Autores como LÁZARO CALVO creen que este principio se basa en la “idea de que la mejor forma de proteger el medio ambiente es a través de medidas anticipadoras para prevenir el daño en vez de a través de esfuerzos *post-hoc* para reparar o proporcionar la compensación del daño”, debido a que en ocasiones es muy difícil o prácticamente imposible reparar el daño ambiental ya causado⁵²¹.

⁵¹⁹ LAGO CANDEIRA, Alejandro, “Principios generales de Derecho ambiental” ..., ob. cit., p.p. 985 y ss.

⁵²⁰ LAGO CANDEIRA, Alejandro, “Principios generales de Derecho ambiental” ..., ob. cit., p. 990.

⁵²¹ LÁZARO CALVO, Trinidad, *Derecho internacional del medio*..., ob. cit., p.p. 255-256.

En cuanto al *principio de desarrollo sostenible*, debemos recordar que éste aparece como tal desde el Informe Brundtland, tomando en consideración la habilidad de la humanidad para llegar a un desarrollo sostenible, asegurando que se alcancen las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras para cubrir sus propias necesidades. Puede entenderse como una combinación de varios elementos, como lo es la protección del medioambiente, el desarrollo económico, la preservación de los recursos naturales para que las generaciones futuras puedan beneficiarse de ellos, la explotación de los recursos de forma sostenible, y el uso equitativo de los recursos naturales⁵²².

El *principio de responsabilidad común pero diferenciada*, exhorta a la responsabilidad que tienen todos los Estados de proteger el medioambiente, pero al mismo tiempo hace clara la capacidad de los distintos países, así como su responsabilidad en el daño ambiental. Debido a este principio, cada Estado tiene la responsabilidad de participar en el cuidado internacional pero también a asumir sus obligaciones mediante diferentes estándares para los distintos países⁵²³. El principio 7 de la Declaración de Río plasma esta premisa: “Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen *responsabilidades comunes pero diferenciadas*. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen”.

El *principio de precaución* es común que se confunda con el principio de prevención, pero su diferencia reside en la certeza del riesgo en determinada acción u omisión. La precaución es de carácter voluntario por parte del comportamiento del “buen gobierno”, en caso de que un Estado dentro de su soberanía, pueda limitar o

⁵²² LAGO CANDEIRA, Alejandro, “Principios generales de Derecho ambiental”..., ob. cit., p. 992.

⁵²³ LAGO CANDEIRA, Alejandro, “Principios generales de Derecho ambiental”..., ob. cit., p. 995; LÁZARO CALVO, Trinidad, *Derecho internacional del medio...*, ob. cit., p. 392; JUSTE RUIZ, José, “El Derecho Internacional frente a los desafíos...”, ob. cit., p.p. 132-133.

prohibir ciertas actividades ante la duda de que estas puedan ser arriesgadas para el medioambiente. La prevención en cambio, es un deber de los Estados. En resumidas palabras, la precaución se basa en la acción dudosa, y la prevención en el riesgo cierto⁵²⁴. Esta premisa ha sido bastante usada, enunciándose en varios instrumentos internacionales, suponiendo que con ello era suficiente para asegurar buenos resultados en el cuidado ambiental. Dicho principio implica una actitud más cautelosa, en donde la demostración científica no es el criterio fundamental, y ante la falta de certeza científica, vale más equivocarse del lado de la seguridad⁵²⁵.

El principio quien contamina paga o principio de internalización de los costos ambientales, se basa en los costes ambientales producidos por la asignación de la responsabilidad para reparar los daños causados en el medioambiente. Por ello, este principio se encarga de perseguir a los causantes de la contaminación para que se asuman los costes de las medidas adoptadas, así como la reparación en el caso de que el daño ya haya sido producido. Algunos autores consideran este principio como “el pago que realiza quien se beneficia por contaminar, ello en la medida de la utilización del recurso natural”⁵²⁶, pero como advierte JORDANO FRAGA, para este principio habrá que optar por atribuir la contaminación a la sociedad o al sujeto contaminador. Señala este autor que si bien es cierto que “el industrial que adopta un proceso de fabricación contaminante es directamente responsable de sus efectos, no es menos cierto que la sociedad en cuanto consumidora de los bienes y servicios producidos es al menos cómplice de los resultados”⁵²⁷. La aparición de este principio se vincula a varias Recomendaciones hechas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, mejor conocida como la OCDE, en la década de los 70 (Recomendación

⁵²⁴ DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, “Principios generales del Derecho internacional ambiental como fuente normativa. El principio de precaución”, en *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, IX, 2006, p.p. 7-8; JARIA I MANZANO, Jordi, “El principio de precaución como garantía de la justicia ambiental”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Editores Esteban Pérez Alonso y Otros, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p.p. 389-392.

⁵²⁵ JUSTE RUIZ, José, *Derecho internacional del medio...*, ob. cit., p.p. 78-81; JUSTE RUIZ, José, “El Derecho Internacional frente a los desafíos...”, ob. cit., p.p.129-131.

⁵²⁶ JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia, *El derecho ambiental y sus principios...*, ob. cit., p. 310.

⁵²⁷ JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del Derecho a un medio ambiente...*, ob. cit., p.p. 137-138.

del Consejo de la OCDE de 26 de mayo de 1972, sobre los principios guías relativos a los aspectos económicos de las políticas ambientales C (72) 128; y la Recomendación del Consejo del 14 de noviembre de 1974, sobre la aplicación del principio quien contamina paga, párrafo 1.2 C (74) 223⁵²⁸), en donde se exhorta a internalizar los costos ambientales y no acompañar estos con subsidios externos. Pero cabe mencionar que a un nivel global, además de amplio, la Declaración de Río en su Principio 16 hace mención de la premisa: “Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”. Por una parte, la OCDE se refiere a los gastos de prevención, control y reparación, y por otra, la Declaración se refiere a los costos de la contaminación, pero esta última focaliza al principio como un instrumento nacional más que internacional, lo cual es adoptado por la Agenda 21. El principio quien contamina paga ha sido reconocido en numerosos textos posteriores a Río⁵²⁹.

4.4. El medioambiente en la Unión Europea

La problemática ambiental no pudo pasar desapercibida para la Unión Europea⁵³⁰, hasta el punto de incluir normas para su protección y cuidado. Incluso, la

⁵²⁸ C (74) 223, “significa que el contaminador debería soportar los gastos de llevar a cabo las medidas, como son especificadas en el párrafo anterior, para asegurar que el medio ambiente está en un estado aceptable. En otras palabras, el coste de dichas medidas debería reflejarse en el coste de los productos y servicios que causan la contaminación en la producción y/o consumo”.

⁵²⁹ La Convención de OSPAR de 1992; Convención para la protección y el uso de los cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales de 1992 y su Protocolo sobre agua y salud de 1999; Convención relativa a la cooperación para la protección y el uso sostenible del río Danubio de 1997; Convención sobre la protección del Rin de 2000; Convención sobre la protección del medio marino y la región costera del Mediterráneo de 1976, modificado en 1995, y su Protocolo para la protección del Mediterráneo frente a la contaminación procedente de fuentes y actividades terrestres de 1996, etc. Véanse, a este respecto, LÁZARO CALVO, Trinidad, *Derecho internacional del medio...*, ob. cit., p.p. 412 y ss; JUSTE RUIZ, José, *Derecho internacional del medio...*, ob. cit., p.p. 81-83; ALONSO GARCÍA, Enrique, “Concepto de medio ambiente como el objeto del Derecho...”, ob. cit., p.p. 330 y ss; LAGO CANDEIRA, Alejandro, “Principios generales de Derecho ambiental”..., ob. cit., p.p. 998-999.

⁵³⁰ Debemos recordar que el Derecho de la Unión Europea no es Derecho convencional ni Derecho internacional, sino que se trata de Derecho supranacional, por lo que las normas nacionales deben complementarse con las normas del marco jurídico que establece la Unión

propia Comisión de las Comunidades Europeas ha definido al medioambiente como: “el conjunto de elementos que se forman en la complejidad de sus relaciones, marcos, fondos y condiciones en la vida del hombre y de la sociedad..., su protección y mejora se ha convertido en una preocupación urgente en los países industrializados”⁵³¹. Aunque la definición de la Comisión es un tanto periférica, ésta tiende a englobar al medioambiente natural y al artificial, teniendo como base al hombre, lo que a nuestro parecer, apunta a una definición igualmente antropocentrista.

Tras la Declaración de Estocolmo, los Jefes de Estado y Gobierno de los Estados miembros de las Comunidades celebraron la Cumbre de París, que se llevó a cabo del 19 al 21 de octubre de 1972 e impulsó la elaboración del primer Programa de acción en materia de medioambiente de la Comunidad, con lo que se comenzó a adoptar una política ambiental europea. El 22 de noviembre de 1973 se aprobó el primero de sus Programas plurianuales sobre medioambiente⁵³², siendo estos la articulación sobre la

Europea. España no es la excepción, pues desde la firma del Acta de Adhesión, el 12 de junio de 1985, el país ibérico se convierte en un Estado miembro de la Unión y sus normas parte de su Ordenamiento. LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo...*, ob. cit., p. 207.

⁵³¹ “L’environnement étant entendu comme l’ensemble des éléments qui forment, dans la complexité de leurs relations, les cadres, les milieux et les conditions de vie de l’homme et de la société, tels qu’ils sont ou tels qu’ils sont ressentis, sa protection et son amélioration sont devenues une préoccupation urgente des pays industrialisés”. Communication de la Commission des Communautés européennes au Conseil sur un programme des Communautés européennes en matière d’environnement J.O. n° C 52 du 26 mai 1972, p. 4 El Diario Oficial de la Unión Europea puede consultarse en la página web: <http://eur-lex.europa.eu/JOIndex.do?ihmlang=fr>

⁵³² Véase la Declaración del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, de 22 de noviembre de 1973, relativa a un programa de acción de las Comunidades europeas en materia de medio ambiente (DOCE 112/1 de 20.12.1973); la Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, de 17 de mayo de 1977, relativa a la prosecución y ejecución de una política y de un programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente (DOCE C 139/1 de 13.6.1977); la Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, de 7 de febrero de 1983, relativa a la prosecución y ejecución de una política y de un programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente (DOCE C 46/1 de 17.2.83); la Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, de 19 de octubre de 1987, relativa a la prosecución y ejecución de una política y de un programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente (DOCE C 328/1 de 7.12.1987); la Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, de 1 de febrero de 1993, sobre un programa comunitario de política y de actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible (DOCE C 138/1 de 17.5.1993); revisado mediante Decisión 2179/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 1998 (DOCE L 275 de 10.10.1998); y la decisión 1600/2000/CE del Parlamento y del Consejo, de 22.7.2002, por la que se establece el Sexto Programa de Acción Comunitario en materia de

cual se marcaban las directrices que habría de seguir la Comunidad para proteger el medioambiente, si bien dichos Programas se configuraban solamente como instrumentos de carácter político, sin fuerza normativa o carácter vinculante⁵³³.

Aunque los Tratados Constitutivos de la Unión Europea⁵³⁴ no contengan ninguna disposición en donde se reconozca competencia alguna a las instituciones europeas para la protección del medioambiente, actualmente sí existe un conjunto amplio de normativas ambientales dentro de la Unión⁵³⁵. Es comprensible que en dichos Tratados no se tuviera en cuenta al medioambiente, ya que estos fueron aprobados en los años 50, con el fin de promover la paz y el desarrollo económico de una Europa que

medio ambiente (DOCE L 242/1 de 1.9.2002). PLAZA MARTÍN, Carmen, *Derecho ambiental de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2005, p. 43.

⁵³³ DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Aspectos jurídicos actuales de la protección del medio ambiente en la Comunidad Europea, y en especial, la contribución de su Tribunal de Justicia*, Universidad de Granada, Granada 1991, p. 12; PLAZA MARTÍN, Carmen, *Derecho ambiental de la Unión Europea...*, ob. cit., p.p. 41-42; LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo...*, ob. cit., p.p. 278-279.

⁵³⁴ El Ordenamiento jurídico de la Unión Europea está cimentado en los Tratados Constitutivos de las Comunidades, los cuales siguen en vigor, siendo estos los Tratados por los que se constituyen la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica o EURATOM (firmados en Roma el 25 de marzo de 1957), añadiendo a ellos el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea ha tenido varias modificaciones por Tratados posteriores como: Acta Única Europea de 1986; Tratado de la Unión Europea de 1992; Tratado de Ámsterdam de 1999; Tratado de Niza de 2003; y Tratado de Lisboa de 2007. Después del Tratado de la Unión Europea, el Tratado de la Comunidad Económica Europea pasa a llamarse Tratado de la Comunidad Europea, y a partir del Tratado de Lisboa, se denomina como Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo...*, ob. cit., p. 208.

⁵³⁵ Cabe señalar que los Tratados Constitutivos de las Comunidades se denominan Derecho originario o primario de la Unión Europea, del cual emana el Derecho derivado o secundario, que se integra por una serie de actos denominados: 1. Reglamentos (con arreglo al art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tiene un alcance general, será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro); 2. Directivas (de acuerdo al mismo artículo, obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios); 3. Decisiones (será obligatoria en todos sus elementos pero que cuando designe destinatarios, solo será obligatoria para éstos). En los tres tipos de actos mencionados, Reglamento, Directiva y Decisión, se trata de normas obligatorias, a diferencia de los Dictámenes y Recomendaciones, aunque ello no significa que carezcan de efectos jurídicos. Véanse FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos, *La protección del medio ambiente en Derecho internacional...*, ob. cit., p.p. 336-337; LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo...*, ob. cit., p. 208; ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín/CASADO RAIGÓN, Rafael, *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, p.p. 205-213.

había sido arrasada por las guerras, además de que todavía no existía esa conciencia ambientalista que surgió años más tarde⁵³⁶.

La situación jurídica del medioambiente en Europa cambió a partir del Acta Única Europea de 1986 (que entró en vigor el 1 de julio de 1987)⁵³⁷, y desde entonces se ha reforzado, en materia de medioambiente, el texto original del Tratado de la Comunidad Económica Europea, considerándolo ahora como uno de los sectores más importantes e integrándolo con las demás políticas comunitarias. De acuerdo con lo establecido en el Acta, “La acción de la Comunidad en lo que respecta al medio ambiente se basará en los principios de acción preventiva, de corrección, preferentemente en la fuente misma, de los ataques al medio ambiente y de quien contamina paga. Las exigencias de la protección del medio ambiente serán un componente de las demás políticas de la Comunidad”. A partir del Acta, el Tratado recogió en su Título VII el tema específico denominado “Medio Ambiente”, mediante sus artículos 130 R, 130 S y 130 T⁵³⁸. Posteriormente, estos preceptos se han mantenido

⁵³⁶ Actualmente, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea otorga una gran competencia a las instituciones europeas para actuar en el ámbito del medioambiente. LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo...*, ob. cit., p.p. 209 y 215.

⁵³⁷ “El Acta Única Europea (AUE) revisa los Tratados de Roma para reactivar la integración europea y llevar a cabo la realización del mercado interior. Modifica las normas de funcionamiento de las instituciones europeas y amplía las competencias comunitarias, en particular, en el ámbito de la investigación y el desarrollo, el medio ambiente y la política exterior común”. Véase http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_singleact_es.htm

⁵³⁸ El artículo 130 R, estableció los objetivos de la Comunidad en materia de medioambiente, como: conservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente, contribuir a la protección de la salud de las personas, y garantizar una utilización prudente y racional de los recursos naturales. El artículo 130 S, estableció el procedimiento de decisión. El artículo 130 T enunció el carácter de la política medioambiental comunitaria, permitiendo a los Estados miembros mantener y adoptar medidas de mayor protección, siempre y cuando sean compatibles con el Tratado. También el Acta introdujo el artículo 100 A, en el cual se reconoció la protección ambiental en el más alto nivel legislativo, medidas relativas a la aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tuviesen por objeto el establecimiento y mantenimiento del mercado interior y que pudiesen tratar, entre otras, la protección del medioambiente; además este precepto introduce el principio de la mayoría cualificada y el procedimiento de cooperación entre el Consejo y el Parlamento Europeo. Véanse DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Aspectos jurídicos actuales de la protección del medio ambiente en la Comunidad Europea...*, ob. cit., p.p. 16-17; MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental*, T. I,..., ob. cit., p.p. 449-450; PLAZA MARTÍN, Carmen, “Comunidad Europea: La política de protección del medio ambiente en el Tratado”, en *Diccionario de Derecho ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, p.p. 291-292.

con mínimas modificaciones en los Tratados sucesivos (Tratado de la Unión Europea, Tratado de Ámsterdam, Tratado de Niza y Tratado de Lisboa)⁵³⁹.

4.5. El medioambiente como bien jurídico y las intervenciones del Derecho penal y administrativo

Después de lo anteriormente expuesto, hemos llegado al punto en el que tenemos la necesidad de centrar las cuestiones medioambientales en el Derecho administrativo y el Derecho penal. Y es que debemos estudiar la protección penal-administrativa del medioambiente, para después fijar nuestro estudio en el análisis de la protección de las aguas continentales. No obstante, cabe recordar que, como hemos analizado en páginas anteriores, ambas ramas del Derecho mantienen tanto similitudes como diferencias, siendo el Derecho penal de carácter fragmentario y subsidiario, dando así prioridad en primera instancia a los medios jurídicos menos lesivos posibles. Ambas ramas otorgan protección a la convivencia social, cuando existen actuaciones contrarias a Derecho.

Ese orden social exige un valor a ciertos aspectos de la vida cotidiana de los ciudadanos, siendo ello el bien jurídico, el cual se impone como condición elemental para el desarrollo en sociedad. En el Derecho penal español se afirma la vigencia de un principio de ofensividad o lesividad (también principio de exclusiva protección de bienes jurídicos) que establece, como recogen COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, que “todo delito comporta, necesariamente, un daño u ofensa a un bien jurídico determinado, y no es imaginable un delito que no la realice”⁵⁴⁰. Bajo estos planteamientos, por bien jurídico, para POLAINO NAVARRETE, “debe entenderse cuanto es susceptible de portar utilidad a la persona o a la coexistencia en sociedad. Todo bien, en contraposición a mal, constituye desde luego objeto idóneo de valoración

⁵³⁹ LOZANO CUTANDA, Blanca/ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *Administración y legislación ambiental*, 6ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 168; PLAZA MARTÍN, Carmen, “El medio ambiente en la Unión Europea”, en *Tratado de Derecho ambiental*, Dirs. Luis Ortega Álvarez/Consuelo Alonso García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p.p. 90-93; IGLESIAS SKULJ, Agustina, “La protección del medio ambiente en la Unión Europea”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en Código penal y la legislación especial*, Dir. Patricia Faraldo Cabana, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p.p. 48-53.

⁵⁴⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999, P. 316.

jurídica de signo positivo”⁵⁴¹. Por su parte, JESCHECK y WEIGEND creen que las normas penales se encuentran fundamentadas en un “juicio de valor positivo sobre bienes vitales”, lo que consideran necesario para que las personas puedan convivir en sociedad, por lo que se debe proteger mediante la coacción estatal⁵⁴². ROXIN considera que los “bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los o para el funcionamiento del propio sistema”⁵⁴³. En este contexto, FERNÁNDEZ mantiene que el bien jurídico se constituye como “el núcleo de cualidades esenciales de las personas, las cosas o las instituciones, que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado constitucional, social y democrático de Derecho”⁵⁴⁴. De igual forma, cabe destacar lo que SILVA SÁNCHEZ mantiene sobre bien jurídico, y es que para dicho autor, sólo pueden considerarse como “aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización (la cual obviamente tiene lugar en la vida social); determinados objetos se convierten en bienes jurídicos, en la medida en que están dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad”⁵⁴⁵.

⁵⁴¹ Además el autor agrega que “la configuración acaso más elemental y exacta del bien es la que señala a éste como un algo favorable y útil para la vida humana, jurídicamente estimado como tal. Todo bien, en efecto, constituye un factor vital positivo y necesario o, cuando menos, útil y conveniente en la convivencia de las personas regulada por Derecho”, y es que por bien se debe entender “aquello que tiene valor para el particular o la colectividad, estimándose aquí como valor, en sentido primario y fundamental, la utilidad o aptitud para satisfacer necesidades humanas. Integra, pues, un bien todo lo que en general es susceptible de contribuir al bienestar y perfeccionamiento físico o psíquico de la persona”. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974, p.p. 28-29.

⁵⁴² Los bienes jurídicos son protegidos no sólo por el hecho de existir, sino que se protegen frente a las acciones humanas, y por ello que los daños a causa de catástrofes naturales no son del interés del Derecho penal, por lo que sólo las consecuencias de la voluntad humana que atenten contra el bien jurídico, son de alcance del Derecho penal. JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Traducción de OLMEDO CARDENETE, Miguel, 5ª ed., Ed. Comares, Granada, 2002, p. 8.

⁵⁴³ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Ed. Thomson-Cívitas, 3ª Reimpresión, Madrid, 2006, p. 56.

⁵⁴⁴ FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2004, p. 149.

⁵⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Ed. B de F, 2ª ed., Montevideo, 2010, p.p. 431-432.

Sin embargo, para algunos autores sólo es bien jurídico aquel que se encuentra regulado por el Derecho⁵⁴⁶, y en este sentido GARCÍA-PABLOS señala que los bienes jurídicos “son bienes vitales, fundamentales, para el individuo y para la comunidad que precisamente al ser tutelados por el Derecho se convierten en «bienes jurídicos»”⁵⁴⁷. Por su parte, JAKOBS afirma que un bien llega a ser considerado como bien jurídico por “el hecho de gozar de protección jurídica”, pero no todos los bienes deben ser considerados como bienes jurídicos, sino sólo aquellos que “no pierden su función por la evolución social”; de lo contrario habría “un gigantesco cementerio de bienes jurídicos”⁵⁴⁸.

Pero la protección de los bienes jurídicos se lleva a cabo no sólo cuando existe una lesión de estos, sino que también cuando existe una puesta en peligro de los mismos. A tales efectos hay que tener en cuenta no solo los delitos de peligro concreto, sino también los delitos de peligro abstracto⁵⁴⁹.

Puede hacerse mención a algunos bienes jurídicos que tradicionalmente han sido considerados como objetos de tutela: la vida de las personas, su salud, su libertad, su patrimonio, su honor, etc.⁵⁵⁰. No obstante, actualmente, se sostiene que el Derecho

⁵⁴⁶ Se ha señalado que al legislador penal se le deben imponer límites para la tipificación penal de las conductas, derivados de la Constitución; véase ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier, “Bien jurídico y Constitución”, en *Cuadernos de política criminal*, Nº 43, 1991, p.p. 5 y ss; véanse, también, ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos”, en *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXIX, 2009, p.p. 62 y ss; SZCZARANSKI, Federico, “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”, en *Política criminal*, Vol. 7, Nº 14, 2012, p.p. 428 y ss.

⁵⁴⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p. 174.

⁵⁴⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Ed. Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 1997, p.p. 46-50.

⁵⁴⁹ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I...*, ob. cit., p. 60.

⁵⁵⁰ “Pero el Derecho penal tutela también la seguridad vial o el orden público –que, por su carácter colectivo, son difícilmente calificables como «derechos»– e intereses individuales, como la vida y la salud del feto o del animal, cuyos titulares no tienen, conforme al ordenamiento jurídico español, la condición de persona, de sujeto de derechos” (OBREGÓN GARCÍA, Antonio/GÓMEZ LANZ, Javier, *Derecho penal. Parte general: Elementos básicos de teoría del delito*, Ed. Tecnos, Madrid, 2012, p. 68). De igual forma, GARCÍA-PABLOS acentúa algunos aspectos, considerándolos como bienes, de los cuales pueden ser portadores los particulares o la comunidad, siendo: “un objeto psico-físico (la vida, la salud); un objeto espiritual, ideal (vg. el honor); una situación real (así: la paz del domicilio); una relación social (como el matrimonio); o una relación jurídica (vg. la propiedad)”. A lo que añade dicho autor, que todo ello acumulado constituye el “orden social” (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA,

penal debe extender su protección a intereses más colectivos y menos individuales, pero que tengan una importancia trascendental en la sociedad, como lo es el medioambiente, la economía nacional, las condiciones de la alimentación, el derecho al trabajo en determinadas condiciones de seguridad social y material, a lo que se conoce en general como “bienes jurídicos colectivos” o “intereses difusos”⁵⁵¹. Es por ello que la titularidad de estos bienes se comparte por una generalidad de personas⁵⁵², quienes también comparten el deseo de su protección, lo que se puede traducir como una necesidad colectiva, es decir, todos los miembros de la colectividad tienen un mismo interés en que se respete y se conserve una determinada circunstancia y, por lo tanto, pueden verse afectados todos o cualquier persona, siendo una víctima difusa o potencial⁵⁵³.

Antonio, *Introducción al Derecho penal...*, ob. cit., p. 174). Véase también JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 8.

⁵⁵¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Reppertor, 9ª ed., Barcelona, 2011, p. 162; ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Derecho penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos (Derecho penal mínimo máximo)”, en *Revista Penal*, N° 32, 2013, p.p. 25-26. A los bienes jurídicos colectivos también se les conoce como bienes jurídicos difusos o difundidos, colectivos, supraindividuales, universales, intereses generales o colectivos o derechos colectivos o sociales, bienes jurídicos de “nueva generación” o de “nuevo cuño”, optar por uno o por otro no conlleva mayor trascendencia. En este sentido, véanse SANTANA VEGA, Dulce María, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 96; SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, Granada, 2003, p. 193. Por otra parte, MAYO CALDERÓN entiende que “la crítica a la tutela de los bienes jurídicos colectivos por el Derecho penal está en cierto modo fundamentada en uno de los mayores problemas con los que se enfrenta una teoría sobre bienes jurídicos colectivos: la frecuente utilización de bien jurídico colectivo para designar lo que no lo es. Así, por ejemplo, no son bienes jurídicos el orden económico, o la economía nacional. Sin embargo, el hecho de que no sean bienes jurídicos conceptos que la doctrina ha calificado como tales, no quiere decir que no existan verdaderos bienes jurídicos colectivos”, por lo que la autora estima que “la tutela de bienes jurídicos colectivos es fundamental en la sociedad actual” (MAYO CALDERÓN, Belén, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del art. 295 del Código penal español y propuesta de leyenda*, Ed. Comares, Granada, 2005, p.p. 37-38).

⁵⁵² HEFENDEHL, Roland, “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en *Anales de Derecho*, N° 19, 2001, p. 149; HEFENDEHL, Roland, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Dir. Roland Hefendehl, Ed. Marcial pons, Madrid, 2007, p.p. 182 y ss. Para SOTO NAVARRO, “la atribución de la titularidad de un bien jurídico a un grupo social más o menos amplio, en vez de al individuo aisladamente considerado, no comporta automáticamente su calificación de bien jurídico colectivo, sino que ello depende..., de un elemento previo fundamental, cual es la distinta función o utilidad (no fin) que cumplen los bienes jurídicos colectivos con respecto a los individuales” (SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, Granada, 2003, p. 195).

⁵⁵³ VARGAS PINTO distingue los bienes jurídicos colectivos en particulares (seguridad de tráfico rodado, funcionamiento de los mercados, etc.), y generales (salud pública,

El bien jurídico debe ser considerado como la “base de la estructura y de la interpretación” de los tipos⁵⁵⁴. No obstante, debemos señalar que el bien jurídico cumple diferentes funciones, tales como:

- La función sistemática, que agrupa o clasifica los distintos delitos (el Código penal parte de distintos bienes jurídicos protegidos: «vida, integridad física, propiedad, libertad, etc.», clasificándolos en los Libros II y III); cada uno de los agrupamientos delictivos contiene un común denominador, y además suele contener un elemento homogéneo de enlace, la afectación de un mismo bien jurídico (ya sea mediante daño efectivo o puesta en peligro), aunque también se da la existencia de delitos pluriofensivos, que atacan al mismo tiempo más de un bien jurídico⁵⁵⁵.
- La función interpretativa: toda vez que se determina al bien jurídico protegido de un delito, la interpretación teleológica ayuda a excluir del tipo respectivo aquellas conductas que no lesionan y que tampoco ponen en riesgo el bien jurídico⁵⁵⁶.
- En la función de medición de la pena se encarga de evaluar cuanto mayor o menor es el valor del bien jurídico, y mayor o menor es la lesión o peligro de

medioambiente, etc.) VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, p.p. 105-106 y 135.

⁵⁵⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 275.

⁵⁵⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 164; FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito...*, ob. cit., p.p. 149-150.

⁵⁵⁶ En este sentido, JESCHECK y WEIGEND mantienen que “el bien jurídico es el concepto central del tipo de acuerdo con el cual son determinados todos sus elementos objetivos y subjetivos y, con ello, simultáneamente, viene a ser un importante medio de ayuda de la interpretación” (JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 277); MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 164.

su ataque, lo que influirá en la gravedad del hecho y por lo tanto, mayor o menor tiene que ser la pena⁵⁵⁷.

En suma, podemos considerar al bien jurídico como aquello que contenga un valor esencial para el ser humano y para la sociedad en donde habita, que viéndose afectado implicaría un ataque tanto para el individuo como para su comunidad, por lo cual debe protegerse mediante la tutela del Derecho, para que éste asegure su cuidado.

4.5.1. Derecho penal y medioambiente

Ahora bien, cabe hacerse una de las preguntas básicas, y es que dependiendo de su respuesta se avala o no que el Derecho penal aborde las cuestiones ambientales: ¿El medioambiente debe ser considerado como un bien jurídico? Como hemos observado, ya desde la Constitución española se alude a los instrumentos penales para proteger al medioambiente⁵⁵⁸, de manera que en su artículo 45.3 se prevé que existan “sanciones penales..., así como la obligación de reparar el daño causado” para quienes hayan violado lo dispuesto en el apartado segundo: “los poderes públicos velarán por la

⁵⁵⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 164.

⁵⁵⁸ También desde los instrumentos supranacionales de la Unión Europea exige adoptar dentro de los Códigos penales nacionales la protección del medioambiente; así mediante la Directiva 2008/99/CE de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medioambiente mediante el Derecho penal, se incidió en gran medida sobre las modificaciones hechas al Código penal español a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. En este sentido, véanse LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo...*, ob. cit., p.p. 762-763; MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 279; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p.p. 597-598; ACALE SÁNCHEZ, María, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, T. IV*, Ed. Iustel, Madrid, 2012, p.p. 301-302; ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Trama de la vida y protección penal del ambiente”, en *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 64; CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal. Parte especial*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010, p.p. 390-391; HAVA GARCÍA, Esther, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Derecho penal español. Parte especial*, T. II, Dir. Javier Álvarez García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 1049; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “Derecho penal del medio ambiente”, en *Tratado de Derecho ambiental*, Dirs. Luis Ortega Álvarez/Consuelo Alonso García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 289; SANTA CECILIA GARCÍA, Fernando, “Delitos contra los recursos naturales y medioambiente”, en *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p.p. 903-904.

utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”, legitimando con ello, las acciones de reacción del Derecho penal para asegurar la conservación del medioambiente⁵⁵⁹. La reflexión que hace MATELLANES RODRÍGUEZ es interesante, pues acentúa el reflejo en la Constitución del interés de la sociedad, señalando que: “la sociedad es el origen de la consideración de que un interés merece protección jurídico-penal y que la Constitución sirve de enganche para ratificar esa relevancia social de un interés, siendo ella la que puede ayudar a precisar los contornos de un bien que se estime digno de tutela jurídico-penal”⁵⁶⁰. Y justamente la Constitución, como ya hemos visto, ha otorgado la protección ambiental, previendo sanciones penales para cumplir este objetivo, por lo que la protección penal se encuentra respaldada por la misma Constitución. Es pues indudable que el Derecho penal debe encargarse de perseguir aquellas conductas que ocasionan un grave perjuicio para el equilibrio natural⁵⁶¹.

El delito medioambiental aparecía ya configurado desde antes del Código penal de 1995, de manera que su protección se establecía en el artículo 347 bis, dentro de los delitos contra la salud pública⁵⁶². En el Código penal de 1995 aparece ya configurado

⁵⁵⁹ “La ubicación del individuo en el punto central del concepto de bien jurídico es la consecuencia inobjetable a la que se llega tras proclamar al orden de valores constitucional como banco de prueba acerca de la aptitud de un determinado interés social para elevarse a la condición de elemento de protección jurídico-penal. En consecuencia, se puede decir que los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social” (MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p. 31). En la misma línea, URRAZA ABAD, Jesús, *Delitos contra los recursos naturales y...*, ob. cit., p. 42.

⁵⁶⁰ MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Medio ambiente y funcionarios públicos...*, ob. cit., p. 85; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p. 33. En este contexto, URAZZA ABAD expresa que “las normas penales –como los restantes preceptos de la naturaleza sancionatoria–, responden a un sustrato social valorativo previo, del que ha de emanar el carácter de interés o valor que todo bien jurídico protegido ha de tener para ser considerado como tal” (URRAZA ABAD, Jesús, *Delitos contra los recursos naturales y...*, ob. cit., p.p. 52-53).

⁵⁶¹ CASSOLA PEREZUTTI, Gustavo, *Medio ambiente y Derecho penal...*, ob. cit., p. 23.

⁵⁶² A través de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal, en donde se introdujo el artículo 347 bis, el cual decía: “Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 de pesetas el que, contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas

dentro del Título XVI, Capítulo III, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en los artículos 325 al 331. Pero también es de observar el Capítulo IV del mismo Título, “De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos”, artículos 332 al 337. De igual forma, debemos señalar otros artículos, como del 341 al 345, en el Título XVII, Capítulo I, “De los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes”. Los delitos de riesgo en los artículos 348 al 350, los delitos de incendios forestales en los artículos 351 al 358, así como la infracción prevista dentro de los delitos contra la salud pública en el 365, también son considerados como los preceptos que actualmente protegen el medioambiente dentro del Código penal⁵⁶³.

Pero lo que debemos determinar ahora es si en verdad el medioambiente posee un valor lo suficientemente importante para la sociedad y los individuos como para ser merecedor de la tutela penal, y por ende ser considerado como bien jurídico, o se trata de una cuestión dependiente de otros bienes jurídicos.

A este respecto, puede observarse la definición que realiza MIR PUIG sobre el bien jurídico, la cual tiende a abarcar todas “las cosas” con un “valor funcional” incorporado a las mismas, teniendo en cuenta que “cosa” puede ser cualquier realidad existencial, independientemente de su realidad material o inmaterial⁵⁶⁴. Sobre la base de ello, podríamos otorgarle el adjetivo de “cosas” a lo que nos rodea, y el valor que se les da puede calificarse mediante la funcionalidad que se otorga a dichas cosas, ya sea individual o social, y siendo así, cada elemento del medioambiente tiene su “valor funcional”, por lo que debe ser merecedor de la protección jurídica. En este sentido, indudablemente debemos considerar al medioambiente como un bien jurídico colectivo⁵⁶⁵, como bien afirma HORMAZÁBAL MALARÉE, quien sostiene que se

terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles”.

⁵⁶³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “El delito ecológico. Delitos en materia de aguas”, en *El agua: estudios interdisciplinarios*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, p.p. 288-289.

⁵⁶⁴ “los bienes... son las cosas más el valor que se les ha incorporado” (MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p.p. 162 y 163).

⁵⁶⁵ Así, HEFENDEHL, Roland, “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?...”, ob. cit., p. 147; HAVA GARCÍA, Esther, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”..., ob. cit., p. 1040; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*,

debe considerar al medioambiente como “el bien jurídico colectivo por antonomasia”⁵⁶⁶. Se “tiene por titular no a individuos concretos sino a todo el colectivo social, en tanto que es la sociedad como colectivo la que requiere un medio ambiente adecuado para que el sistema pueda seguir funcionando adecuadamente”, como acertadamente considera MATELLANES RODRÍGUEZ⁵⁶⁷.

No obstante, conviene apuntar que las posturas que se toman en consideración para calificar el medioambiente como un bien jurídico se pueden dividir en dos, y es que nos encontramos de nuevo con el antropocentrismo y el ecocentrismo, siendo ambos determinantes en la protección jurídica del medioambiente. Ambas posturas las hemos visto con anterioridad, pero ahora es importante aludir a ellas en el ámbito bien jurídico, y es que los que defienden la primera postura argumentan que el deterioro ambiental no constituye una lesión o peligro de un bien jurídico, sino que lo realmente relevante para dicha agresión es la puesta en peligro de la vida o la salud de las personas⁵⁶⁸, por lo que se pone en peligro otro bien jurídico, aunque también dentro de esta visión se defienden

ob. cit., P. 590; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p. 100; CEREZO MIR, José, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, N° 10, 2002, p.p. 56-57; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, “El bien jurídico protegido”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en Código penal y la legislación especial*, Dir. Patricia Faraldo Cabana, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 83; entre otros.

⁵⁶⁶ Según el autor, “en la protección del medio ambiente como bien jurídico no se trata de proteger la naturaleza en cuanto valor en sí misma, sino en tanto que ella está al servicio del hombre y de las generaciones futuras. Se trata de proteger la naturaleza como una relación social. La protección de la naturaleza como valor abstracto desvinculada del hombre lleva a un fundamentalismo ecológico. El hombre desde tiempos seculares se ha servido de la naturaleza, la ha modificado y adaptado a sus necesidades. Se trata que el hombre haga un uso cuidadoso de ella que permita su renovación. El uso abusivo de ella, su destrucción, debe ser objeto de prohibición y castigo en tanto que significa un peligro para la salud o la vida de las personas, esto es, bienes jurídicos individuales, en tanto que el hombre está destruyendo su naturaleza”. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, “El principio de lesividad y el delito ecológico”, en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p.p. 1424-1425.

⁵⁶⁷ MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p.p. 49-51.

⁵⁶⁸ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “El delito ecológico. Delitos en materia de aguas...”, ob. cit., p. 291; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, *La protección jurídico-penal del agua*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, p. 102; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “Derecho penal del medio ambiente”..., ob. cit., p. 289.

las condiciones para el desarrollo y la vida humana⁵⁶⁹. El antropocentrismo puro o drástico prescinde del significado del medioambiente como tal, así como de los argumentos para su protección penal autónoma⁵⁷⁰. En el caso de la segunda posición, la ecocéntrica, nos encontramos con la postura que reconoce al medioambiente como un bien jurídico independiente, el cual merece protección jurídica⁵⁷¹, sin ser necesario que le sirva al hombre o que le beneficie o afecte su explotación-agresión.

Dentro de la postura antropocentrista, también conocida como monista-personal, podemos encontrar a varios autores que no ven la necesidad de crear una tipificación autónoma de los delitos medioambientales, y en esta posición se hallan autores como BUSTOS RAMÍREZ, quien concibe al medioambiente como “un bien jurídico referido a la seguridad común, ya que abarca todas las condiciones necesarias para el desarrollo de todas y cada una de las personas. Su protección es un elemento fundamental de la existencia y supervivencia del mundo”⁵⁷². Además, este mismo autor mantiene ligada la protección del medioambiente con la salud de las personas, alegando que “nada se saca con proteger la salud personal si al mismo tiempo no se protege el medio ambiente o la calidad del consumo”⁵⁷³.

En este sentido, es importante recordar la definición que hace SILVA SÁNCHEZ sobre el bien jurídico (que ya hemos mencionado anteriormente) y es que

⁵⁶⁹ ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire, *El medio ambiente en la crisis del Estado social. Su protección penal simbólica*, Ed. Comares, Granada, 2006, p. 313.

⁵⁷⁰ ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Trama de la vida y protección penal del ambiente...”, ob. cit., p. 52.

⁵⁷¹ RODAS MONSALVE, Julio César, *Protección penal y medio ambiente*, Ed. PPU, Barcelona, 1993, p. 88; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, *La protección jurídico-penal...*, ob. cit., p. 102; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “Derecho penal del medio ambiente”..., ob. cit., p. 289.

⁵⁷² BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1991, p. 260. Aunque en un primer enfoque, BUSTOS RAMÍREZ se refería a que el medioambiente “constituye un bien jurídico de carácter socioeconómico, ya que abarca todas las condiciones necesarias para el desarrollo de la persona en sus aspectos sociales y económicos. Su protección es un elemento fundamental de la existencia y supervivencia del mundo” (BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Ed. Ariel, Barcelona, 1986, p. 352).

⁵⁷³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Ed. PPU, Barcelona, 1994, p. 113.

dicho autor precisa que sólo son bienes jurídicos los objetos que ayudan a la autorrealización del humano⁵⁷⁴. Bajo estos planteamientos podríamos pensar que para él, el medioambiente será protegido desde una visión antropocentrista, y en efecto, SILVA SÁNCHEZ y MONTANER FERNÁNDEZ señalan que “las condiciones físicas cuya alteración puede adquirir relevancia penal son aquellas que sirven al desarrollo de la persona, no las que sirven al desarrollo de otros seres vivos. Por tanto, para que pueda afectar al medio ambiente será necesario poder afirmar que aquella misma afectación, aunque no sea de manera directa, incide o puede incidir en el desarrollo (presente o futuro) de las personas”⁵⁷⁵. En este contexto, también podemos hacer mención a la opinión de HASSEMER y MUÑOZ CONDE, que mantienen que “los bienes jurídicos universales sólo son legítimos en tanto que sirven al desarrollo personal del individuo”⁵⁷⁶.

Desde el punto de vista de RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, al medioambiente pertenecen “todos aquellos elementos naturales cuya conservación o restauración es indispensable para la supervivencia del ser humano”, considerando la protección del medioambiente dependiente de otros preceptos, salvo que ello sea insuficiente para garantizar “la preservación o recuperación de elementos vitales para la supervivencia del hombre”⁵⁷⁷.

Sin embargo, PERIS RIERA se adhiere a un antropocentrismo moderado, señalando que el medioambiente “en sí, también constituye un elemento teleológico de la norma al afirmarse que uno de los fines de la utilización racional de todos los

⁵⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal...*, ob. cit., p. 431.

⁵⁷⁵ Aunque SILVA SÁNCHEZ y MONTANER FERNÁNDEZ mantienen que “afirmar que la razón de ser de la criminalización de ciertas infracciones medioambientales se fundamenta en una dimensión claramente antropocéntrica, no impide sostener, a su vez, la autonomía del medio ambiente como bien jurídico-penal supraindividual diferenciado de bienes jurídicos personales como la vida o la integridad física de las personas. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente*, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, p.p. 26-27.

⁵⁷⁶ HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 108.

⁵⁷⁷ RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal Español, parte especial*, 18ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1995, p. 1105-1106.

recursos naturales, es el defender y restaurar el medio ambiente”⁵⁷⁸. También MATELLANES RODRÍGUEZ considera que para delinear un concepto de bien jurídico del medioambiente es necesario tener en cuenta el contenido de la declaración constitucional, y lo entiende como el “conjunto equilibrado de recursos naturales, interrelacionados entre sí formando los ecosistemas –dimensión natural–, sobre los que se precisa una actuación efectiva a fin de que todo el sistema natural en su conjunto se conserve y evolucione en ese equilibrio –aspecto dinámico– y, así, pueda lograrse una calidad de vida y un desarrollo de la persona adecuados –aspecto antropocéntrico–”⁵⁷⁹.

Por otra parte, cabe resaltar lo que señala CASSOLA PEREZUTTI, quien cree que la visión antropocéntrica del bien jurídico “acarrea inconvenientes interpretativos de las figuras delictivas contra el medio ambiente”, por lo que mantiene una posición ecocéntrica, alegando que el “Derecho penal español debe proteger el medio ambiente, tomado éste como un bien jurídico con contenido y entidad propia y no como un simple instrumento proteccionista de bienes jurídicos individuales”⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ PERIS RIERA, Jaime Miquel, *Delitos contra el medio ambiente*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984, p.p. 25-26. Por otra parte, SANTA CECILIA GARCÍA considera que se debe sostener un ecocentrismo moderado, ya que según el autor “trata de propiciar una solución de compromiso entre los conceptos antropocéntrico y ecocéntrico, lo que implica la necesidad siquiera de una última referencia del Derecho penal a bienes jurídicos individuales relacionados con el ser humano, pero que también pueda ser reconocida una protección determinada e independiente del medio ambiente natural. Parte esta concepción de que, en la tutela penal del medio ambiente ha de existir, necesariamente, una conexión entre este bien jurídico y la defensa de bienes humanos, abarcando generaciones futuras, y por otra parte han de reconocerse los bienes ecológicos como auténticos bienes jurídicos autónomos, cuya protección penal directa no está condicionada a la afectación de bienes jurídicos individuales como la vida y la salud” (SANTA CECILIA GARCÍA, Fernando, “Delitos contra los recursos naturales y medioambiente”..., ob. cit., p. 907).

⁵⁷⁹ Por lo que la esencia de este bien jurídico “viene constituida por la idea de sistema natural equilibrado, del que el hombre forma parte y cuya actuación sirve al mantenimiento de ese equilibrio constante que le permite ejercitar libremente sus derechos” (MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente*..., ob. cit., p. 48). En este sentido, LOZANO CUTANDA y ALLI TURRILLAS manifiestan que el “bien jurídico protegido en los delitos que contempla el Código penal es el medioambiente, que define como el “equilibrio de los sistemas naturales” (arts. 325 y 328) o, en el caso de los delitos contra la protección de la flora y la fauna, el “equilibrio biológico” (art. 333). El carácter antropocéntrico de la protección se manifiesta en la agravación de la pena cuando el ilícito ambiental pusiera en riesgo de grave perjuicio “la salud de las personas” que realiza el art. 325” (LOZANO CUTANDA, Blanca/ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *Administración y legislación ambiental*..., ob. cit., p.p. 370-371).

⁵⁸⁰ “Es indiscutible que los bienes jurídicos están al servicio de las personas, ya que son elementales para el funcionamiento de los sistemas sociales. De aquí que el sistema social debe estar al servicio del individuo, y de ninguna manera puede ser a la inversa, es decir, que el

Para CEREZO MIR, la protección del medioambiente tal y como se encuentra contemplado en el Código penal español (artículo 325), se considera desde la visión ecocéntrica, ya que en el tipo básico se protege “el equilibrio de los sistemas naturales”, y solamente en el tipo agravado se refiere a “la salud de las personas”⁵⁸¹.

Y es que la visión antropocéntrica del delito medioambiental se podría comprender dentro de los términos en los que se encontraba en el Código penal anterior, en donde el tipo alternaba entre el peligro para los recursos naturales, para la vida, para la salud de las personas, y además estaba ubicado justamente dentro de los delitos contra la salud, por lo que su interpretación no podía ser otra. Pero para CORCOY BIDASOLO, el configurar el delito medioambiental mediante la puesta en peligro de la vida y la salud de las personas “suscita problemas en cuanto a la efectividad y la no arbitrariedad de la intervención penal”, por lo que mantiene que esta clase de delitos de peligro (donde mediatamente se requiere la puesta en peligro de la vida y la salud), exponen “problemas jurídico-penales y político-criminales de difícil solución”; cuando se concibe “la antijuridicidad material como puesta en peligro de la vida o la salud de las personas se plantean dos problemas: el primero, en atención a la falta de lesividad por no existir una lesión del bien jurídico sino, únicamente, una puesta en peligro; el segundo, por la dificultad de probar la puesta en peligro *ex post* cuando efectivamente no se ha producido una lesión”. En este sentido, CORCOY BIDASOLO se opone a la visión antropocéntrica, manifestando que esta perspectiva “elimina cualquier autonomía al delito medio ambiental y... lo deslegitima”⁵⁸².

individuo esté al servicio del sistema social. Por esto, la protección de los bienes jurídicos implica proteger los instrumentos necesarios para la satisfacción de las necesidades de los individuos. Es perfectamente coherente establecer así que los bienes jurídicos colectivos son complementarios de los bienes jurídicos individuales”. CASSOLA PEREZUTTI, Gustavo, *Medio ambiente y Derecho penal...*, ob. cit., p. 14-15.

⁵⁸¹ Además, para este autor, “el medioambiente será un bien jurídico colectivo, si es concebido de un modo antropocéntrico (entonces se protege la vida, la integridad corporal y la salud de los seres humanos actuales y futuros), mientras que si se concibe, como en el actual Código penal, de un modo ecocéntrico será un bien jurídico supraindividual”. CEREZO MIR, José, “Los delitos de peligro abstracto...”, ob. cit., p. 57.

⁵⁸² CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “El delito ecológico. Delitos en materia de aguas...”, ob. cit., p. 291-292; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente: una perspectiva criminológica”, en *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*, Ed. Universidad pública de Navarra, Pamplona, 2000, p.p. 65-66.

En efecto, hoy en día, no existe ninguna legislación que se pueda considerar antropocéntrica pura y mucho menos ecocéntrica, ya que se estaría en contra de todo lo que el Derecho es, regulación de los intereses y las acciones humanas, por lo que no podemos poner como centro de protección al medioambiente sin importar el lado humano y viceversa. Es por ello que actualmente nos encontramos ante la visión que indudablemente compartimos, la antropocéntrica moderada, es decir, considerando al medioambiente como un bien jurídico colectivo sin dejar de tener en cuenta al ser humano. En este sentido, cabe destacar la opinión de ALONSO ÁLAMO, quien acertadamente considera que el medioambiente surge como un bien jurídico colectivo, supraindividual y, a pesar de ello, “no deja de tener en cuenta al individuo, destinatario último de la protección penal”⁵⁸³.

Pero también debemos hacer referencia a las opiniones en contra de la protección ambiental por parte del Derecho penal, como es el caso de JORGE BARREIRO, quien sostiene duras críticas hacía el Derecho penal ambiental, pues considera que muchas veces se está ante delitos de bagatela, por lo que lo califica como un Derecho penal simbólico y por tanto, su tutela “sirve para engañar a la opinión publica, aunque la misma contribuye también a la toma de conciencia por parte de la población acerca del reconocimiento del medio ambiente como un interés fundamental para el desarrollo de la vida en sociedad”. Además, dicho autor cree que aunque el medioambiente sea “un interés social especialmente relevante, merecedor y necesitado de protección penal, no supone reconocer que el Derecho penal sea la respuesta idónea y eficaz para proteger ese bien colectivo o supraindividual”⁵⁸⁴. En este sentido,

⁵⁸³ ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Trama de la vida y protección penal del ambiente..., ob. cit., p. 54.

⁵⁸⁴ Además, el autor cree que el “problema de fondo... no está en que el Derecho penal medioambiental sea ineficaz y resulte meramente simbólico, sino más bien en que su mensaje – en la medida en que se cree en él– impide una política ambiental racional y totalmente efectiva. La solución a este problema no está en un incremento de las incriminaciones o de los marcos penales existentes, ni en una retirada o retroceso del Derecho penal, sino en un replanteamiento a fondo y de carácter global de toda la problemática relativa al medio ambiente, lo cual pasa por un cambio de mentalidad en la opinión pública –conciencia cívica que respete el medio ambiente, incluso con el sacrificio de ciertos hábitos en el modelo de vida–, por una profunda transformación de la política ambiental de las Administraciones Públicas competentes en esta materia, con un compromiso firme y coherente que intervenga de forma radical en los procesos productivos, y por una adecuada cooperación y coordinación internacional en la política de protección del medio ambiente” (JORGE BARREIRO, Agustín, “El bien jurídico protegido en

MUÑOZ LORENTE mantiene que el Derecho penal medioambiental “no sirve para luchar contra la criminalidad a gran escala –para la que específicamente se encontraba previsto–, sino que tan sólo sirve para educar o concienciar a los ciudadanos respecto a la importancia del medio ambiente y la necesidad de protegerlo; y para concienciar y educar a los ciudadanos se condena por casos ínfimos y, de esa forma, se da una imagen de eficacia del Derecho penal medioambiental. En definitiva, se está instrumentalizando al Derecho penal para que éste realice una función que no le pertenece”⁵⁸⁵. También podemos encontrar pronunciamientos similares como el de MÜLLER-TUCKFELD, quien además opina que el Derecho penal medioambiental tiende a ser ineficaz⁵⁸⁶, y afirma que el verdadero bien jurídico no es el medioambiente y su protección, “sino la exigencia de que estos recursos sólo se contaminen de forma autorizada”, y por ende, manifiesta el autor, “estamos ante la penalización de la desobediencia administrativa”⁵⁸⁷.

los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995”, en *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Ed. Comares, Granada, 2005, p.p. 18-21); MUÑOZ LORENTE, José, “Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho penal simbólico”, en *Revista Derecho y proceso penal*, N°6, 2001-2, p.125; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, “Delito ecológico y función simbólica del Derecho penal”, en *El delito ecológico*, Dir. Juan Terradillos Basoco, Ed. Trotta, Madrid, 1992, p. 60.

⁵⁸⁵ MUÑOZ LORENTE, José, “Obligaciones constitucionales de incriminación...”, ob. cit., p.p. 127-128.

⁵⁸⁶ Aunque MÜLLER-TUCKFELD cree que el Derecho penal medioambiental tiene éxito en cuanto a la “prevención general a través de la concienciación positiva, como la intimidación de potenciales delincuentes”. No obstante, dicho autor apunta a que las medianas y grandes empresas no son objeto de persecución penal, y argumenta dos motivos: “el primero radica en que la mayor parte de las contaminaciones del medio ambiente en este ámbito están permitidas administrativamente y, por tanto, no realizan el tipo. En el caso de las grandes empresas las autorizaciones se plasman en acuerdos corporativos. El pacto sobre la contaminación legalmente autorizada se lleva a cabo corporativamente y, además, cuando se tiene conocimiento de una infracción penal contra el medio ambiente, ésta no suele comunicarse a la fiscalía para que no peligre el clima de la negociación. El segundo motivo es que la contaminación ilegal –es decir, no permitida administrativamente– es mucho más difícil de probar en la producción a gran escala que en las infracciones ambientales cometidas por sujetos comunes. Normalmente, estos últimos delitos son perceptibles sensorialmente tanto por los demás ciudadanos como por la policía, mientras que la existencia de sustancias altamente tóxicas en la mayoría de los casos sólo puede probarse con complejas técnicas de medición y análisis y con un personal adecuadamente formado. Incluso cuando excepcionalmente se consiga probar algún delito, en el ámbito de la gran producción el riesgo de condena es casi cero”. MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2000, p.p. 517-518.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p.p. 522-523.

En nuestra opinión, como ya hemos adelantado, no debe caber la menor duda sobre la importancia de la protección del medioambiente, por lo que la participación del Derecho debe ser incuestionable, y el Derecho penal no debe quedar al margen. Como ya hemos mencionado, el bien jurídico es un “valor esencial para el ser humano y para la sociedad”, por lo que el medioambiente debe considerarse como ese valor esencial que reside en los componentes necesarios para que exista la vida, protegiendo así, el medio natural y urbano. Por ello, el medioambiente tiene que ser considerado como un bien jurídico colectivo y se debe proteger como tal. Si bien la defensa de la salud y la vida están relacionadas con la protección al medioambiente, estos bienes no son el objetivo primordial de su defensa, sino que son defendidos mediatamente, es decir, que mediante la defensa del bien jurídico medioambiental se llega a una defensa secundaria de la vida y la salud⁵⁸⁸. Y es que, hoy en día, no debe quedar en entredicho si estamos ante un bien jurídico o no, o si lo que se defiende es otro bien jurídico y no el medioambiente, por lo que su protección es necesaria e impostergable. El Derecho penal no puede quedar al margen de las nuevas realidades sociales, entre las que sin duda el medioambiente ostenta un papel primordial.

4.5.2. Derecho administrativo y medioambiente

Es importante recordar lo que habíamos señalado en líneas anteriores acerca del Derecho administrativo, y es que esta rama del Ordenamiento debe entenderse como el conjunto de normas jurídicas que se encargan de regular la organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas, así como el ejercicio de los poderes que a éstas se les confiere, además de su relación con los administrados. Esta rama del Derecho se encuentra íntimamente vinculada con el medioambiente, la cual le proporciona un sistema de desarrollo y comprensión de la función pública para proteger

⁵⁸⁸ En este sentido, MATA MARTÍN entiende que el delito ecológico conlleva una doble modalidad, “la primera se refiere al supuesto en que las diversas conductas contaminantes «puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», mientras que la segunda se presenta «si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas...»”. Dicho autor manifiesta que este delito es en el único en donde se encuentra tácitamente la referencia “al bien jurídico (colectivo) medio ambiente y el ataque (explicito) al bien jurídico (individual) salud de las personas” (MATA Y MARTÍN, Ricardo M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Ed. Comares, Granada, 1997, p.p. 26-27); también MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, ob. cit., p. 590.

el mismo⁵⁸⁹. Y es que sin duda alguna, debemos apuntar que el Derecho administrativo es el que por tradición se encarga de proteger el medioambiente⁵⁹⁰, y además de eso tiene como tarea principal la regulación de los sectores ambientales. Dado que los recursos naturales son escasos, no pueden ser considerados como de alguien, sino bienes de todos, estimándose como bienes de titularidad común, por lo cual son utilizables por todos, y es por ello que la Administración debe considerarse como el sujeto activo más importante en la gestión del medioambiente, regulando su utilización mediante normativas administrativas. Y así, autores como MATELLANES RODRÍGUEZ consideran a la Administración como “el agente más destacado en la gestión ambiental”⁵⁹¹.

Pero debemos mencionar que aunque el Derecho ambiental este ligado con una gran variedad de leyes, que en su gran mayoría constituyen normativa administrativa, son subordinadas a aspectos de la normativa ambiental, considerando con ello al Derecho ambiental como el motivo de sectores enteros nuevos del Derecho, derivados de exigencias ambientales, como el Derecho energético, biotecnología, de aguas, etc⁵⁹².

Como ya hemos señalado, el Derecho administrativo es un regulador de las actividades de la sociedad y el medioambiente, convirtiéndose en parte del día a día del ser humano (y por lo tanto de su sociedad) en donde las actividades de éste deben ser reguladas y controladas para evitar que se incida lo menos posible en el daño ambiental. Es por ello que el Derecho administrativo es de suma importancia para preservar el medioambiente, ya que no se podría entender su protección sin la regulación de esta rama del Derecho. Y es que podemos observar al Derecho administrativo como un mecanismo de funcionalidad social, el cual debe buscar el bienestar de los

⁵⁸⁹ LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “El Derecho ambiental como Derecho de la función pública de...”, ob. cit., p. 117.

⁵⁹⁰ SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p. 100.

⁵⁹¹ “Por la naturaleza de los bienes y elementos que forman el entorno: agua, aire, fauna, flora, etc., que son bienes de uso y consumo colectivo, la Administración viene a ser el sujeto activo más importante de la gestión de sus elementos”. MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Medio ambiente y funcionarios públicos...*, ob. cit., p. 127.

⁵⁹² ALONSO GARCÍA, Enrique, “Concepto de medio ambiente como el objeto del Derecho...”, ob. cit., p. 336.

administrados, por lo que la protección del medioambiente se considera como indispensable para dicho objetivo. La defensa de este interés podría establecerse mediante dos vías: por una parte, impulsar los sectores económicos (que en algunas ocasiones se convierte en un facilitador) y sociales para alcanzar un buen desarrollo colectivo y, por otra, proteger a la sociedad de esos mismos mecanismos en cuanto a la contaminación que puedan producir⁵⁹³, por lo que la misma Administración se convierte en un inductor de desarrollo sostenible, mediante la regulación administrativa⁵⁹⁴.

El objetivo primordial del Derecho administrativo en este ámbito es la prevención de daños ambientales, por lo que la Administración hace uso de todos los instrumentos jurídicos con los que cuenta y utiliza una serie de herramientas encaminadas a la prestación, la limitación y al fomento, siendo ello arbitrado por el Ordenamiento jurídico. Y sólo cuando ya todos los mecanismos de prevención han fallado, es cuando se lleva a cabo la responsabilidad por daños, la cual debe considerarse como una protección subsidiaria, un papel de refuerzo para la tutela ambiental. Aunque debemos señalar que las sanciones administrativas juegan un papel

⁵⁹³ En un sentido similar lo plantea MORILLAS CUEVA, quien sostiene que el Derecho tiene la necesidad de impulsar la protección ambiental mediante dos dimensiones del desarrollo comunitario: el valor de crecimiento y el valor ecológico, “de tal manera que no aparezcan enfrentados entre sí, sino colaborando mutuamente y, en cualquier caso, con la suficiente protección para su diferenciada subsistencia”. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “El agua como objeto de protección penal en su vertiente ambiental”, en *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 1075; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Protección penal del agua”, en *Cuadernos de política criminal*, N° 82, 2004, p. 49.

⁵⁹⁴ Como hemos mencionado con anterioridad, el hombre ha encontrado en el avance tecnológico cierto confort del que le es sumamente difícil desprenderse, pero el problema es que la voracidad del hombre sobre los recursos naturales y el medioambiente en “pos del avance tecnológico” hace que sea indispensable la regulación de los sectores económicos e industriales, a los que la misma Administración debe imponer normas que ejerzan una amplia protección sobre el medioambiente. Como considera JORDANO FRAGA, “en una sociedad tecnológica, la posibilidad de producción de daños masivos con incidencia en el medio ambiente es un hecho. En este contexto, la Administración sigue dominando el desarrollo social actuando directa o indirectamente. La Administración en la sociedad de nuestros días es la ejecutora de los grandes proyectos (infraestructuras) y es la prestadora de los grandes servicios públicos por el momento (transporte ferroviario, puertos, aeropuertos, sanidad). La Administración también regula los procesos tecnológicos que comportan o pueden comportar riesgos (estableciendo niveles admisibles de emisión e inmisión). La Administración autoriza actividades que representan riesgos (grandes industrias, gestores de residuos) y en el ejercicio de la potestad de evaluación determina el condicionado ambiental de proyectos sujetos a técnicas de prevención ambiental”. JORDANO FRAGA, Jesús, “Ciencia, tecnología, medio ambiente y responsabilidad patrimonial de la Administración: en especial, los denominados riesgos del desarrollo”, en *Revista de documentación administrativa*, N° 265-266, 2003, p. 238.

preponderantemente preventivo, inclusive cuando la contaminación ya ha sido consumada o se está llevando a cabo, la amenaza de sanción se identificará con un carácter disuasorio de conductas que se pretenden evitar⁵⁹⁵.

Cabe mencionar que así como el Derecho penal encuentra su respaldo para la protección del medioambiente en la Constitución, el Derecho administrativo también se vincula al medioambiente desde la Carta Magna española, que igualmente dentro del artículo 45.3 prevé “sanciones... administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”. Pero además de ello, podemos observar que el artículo 45.2 hace recaer la protección del medioambiente en la administración, exhortando a los poderes públicos a velar por “la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente”⁵⁹⁶.

Además del régimen sancionador en caso de infracción de la norma, la Administración cuenta con otras formas de acción, y es que mediante disposiciones amparadas a través de actos, de autorizaciones, controles, inspecciones, etc. se pretende ver cumplir la normativa que vela por la protección del medioambiente⁵⁹⁷. La gran mayoría de los instrumentos que regulan el medioambiente son heredados del Derecho administrativo, y algunos surgieron incluso antes del nacimiento del Derecho ambiental, gestionando los recursos naturales de especial valor para la sociedad y la economía (montes, aguas, minas, caza, pesca, etc.), medidas de protección de la salud y de la higiene (policía sanitaria en las ciudades), aunque debemos señalar que el Derecho ambiental también posee instrumentos puramente ambientales, que generalmente han nacido en Estados Unidos, introducidos a la Unión Europea y por ende a España;

⁵⁹⁵ “La tipificación de infracciones y sanciones se establece, de manera complementaria, en las propias leyes especiales y en los procedimientos específicos sectoriales. De acuerdo con lo anterior, la propia legislación básica ambiental de carácter sectorial (Leyes de Aguas, de Costas, de Montes, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, de Residuos, etc.) establece y detalla, en cada caso, las faltas leves, graves y muy graves, con las correspondientes sanciones administrativas a que den lugar. Las sanciones administrativas pueden consistir, entre otras, en multas, suspensión de actividades, retiro de permisos y clausura de instalaciones” (MORENO MOLINA, José Antonio/ALONSO GARCÍA, M^a Consuelo, “Técnicas jurídico-administrativas de protección ambiental”, en *Tratado de Derecho ambiental*, Dirs. Luis Ortega Álvarez/Consuelo Alonso García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 213).

⁵⁹⁶ LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo...*, ob. cit., p.p. 145-146.

⁵⁹⁷ SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p. 100.

ejemplo de ello es el la evaluación de impacto ambiental o la fijación de límites o estándares de emisión⁵⁹⁸.

La libertad de acción y los derechos de los particulares son regulados mediante la actividad administrativa, la cual, por una parte, es abordada mediante medidas de limitación o de policía, siendo consideradas como técnicas de regulación y control⁵⁹⁹, encargándose de restringir la libertad privada y, por otra parte, buscando la cooperación de la sociedad mediante fórmulas de incentivo o desincentivo de la iniciativa privada, conociéndose como actividad de fomento o incentivo⁶⁰⁰. Los incentivos son vistos como estímulos hacia los productores y consumidores, dirigidos a llevar una actividad respetuosa con el medioambiente⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo...*, ob. cit., p. 146.

⁵⁹⁹ Mediante las actividades de control o policía, “las administraciones intervienen y fiscalizan, por razones de interés general, la actividad de los ciudadanos condicionando o limitando el ejercicio de sus derechos o intereses legítimos (así ocurre en el caso de actividades sometidas a licencia o autorización, actuaciones de inspección o registro, procedimientos de acreditación, etc.)”. SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ, Leonardo J., “Cuestiones jurídicas básicas: El Ordenamiento jurídico y el Derecho administrativo. La administración, su actividad y su relación con los ciudadanos”, en *Derecho ambiental (adaptado al EEES)*, Dir. María Asunción Torres López/Estanislao Arana García, Ed. Tecnos, Madrid, 2012, p. 32.

⁶⁰⁰ LOZANO CUTANDA, Blanca/ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *Administración y legislación ambiental...*, ob. cit., p. 144. El fomento es una de las actividades que lleva a cabo la Administración pública, la cual debe entenderse como “aquella en la que no se utilizaba la coacción y cuya forma de intervención más característica en la actualidad es la subvención”. Además la subvención se puede definir como una “atribución patrimonial a fondo perdido de una Administración Pública a favor de una particular, afectando inicialmente la prestación al desarrollo de una actividad del subvencionado” (LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki/GARCÍA URETA, Agustín/LAZCANO BROTONS, Iñigo, *Derecho ambiental. Parte general*, Ed. IVAP, Oñati, 2004, p. 90). Por su parte, SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ menciona que la actividad de fomento es una “actuación dirigida a estimular la realización de actividades o conductas que se consideran positivas o conformes con los intereses públicos que persigue el ordenamiento jurídico (subvenciones, becas, premios, etc.)” (SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ, Leonardo J., “Cuestiones jurídicas básicas: El Ordenamiento jurídico y el Derecho administrativo...”, ob. cit., p. 32).

⁶⁰¹ Existen dos formas de incentivos: las medidas positivas, “que son las que otorgan prestaciones, bienes o ventajas a favor de quien realice la actividad que se trata de estimular, como es el caso de las ayudas económicas en forma de subvenciones o desgravaciones fiscales”, y también están las medidas negativas, “que son las que constituyen obstáculos o cargas que se crean, precisamente, para dificultar por medios indirectos (sin el empleo de la coacción) aquellas actividades contrarias u opuestas a las que al administración quiere fomentar, uno de cuyos ejemplos más claros en el ámbito de la protección del medioambiente es el de los denominados impuestos ecológicos”. LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo...*, ob. cit., p. 150.

Además, la intervención de la Administración en la actividad de los particulares contiene técnicas de ordenación y control, con lo que se persigue una conjugación del respeto a la libertad y a la iniciativa privada con los intereses de la generalidad⁶⁰². La ordenación es relacionada con el urbanismo y con la planificación, debido a que se encuentran estrechamente vinculadas. La planificación, para LASAGABASTER HERRARTE, GARCÍA URETA y LAZCANO BROTONS, “«en el sentido vulgar del término», remite a un conjunto de actuaciones en el tiempo y en el espacio, cuya realización se programa en el cómo y en el cuándo, otorgando unidad a actuaciones que podían haberse desarrollado independientemente”⁶⁰³. Asimismo, debemos mencionar que los planes son una forma de intervención administrativa, y su alcance depende de las previsiones normativas que existan de éstos. De igual forma, la planificación que sea utilizada mediante los diferentes usos de suelo, será considerada como un plan de urbanismo y no de medioambiente⁶⁰⁴, aunque el urbanismo debe velar siempre por compaginarse con el medioambiente. En sentido contrario se manifiesta LOZANO CUTANDA, ya que para la autora, la planificación más que una técnica de intervención, es de “«dirección» de la actividad, tanto privada como pública, hacia un comportamiento más respetuoso con el medio ambiente”⁶⁰⁵. Por su parte, el urbanismo puede considerarse como aquella parte del Derecho administrativo que utiliza diversos instrumentos jurídicos que sirven para la creación y sobre todo, el desarrollo de las

⁶⁰² LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo...*, ob. cit., p. 149; LOZANO CUTANDA, Blanca/ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *Administración y legislación ambiental...*, ob. cit., p. 145.

⁶⁰³ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki/GARCÍA URETA, Agustín/LAZCANO BROTONS, Iñigo, *Derecho ambiental. Parte general...*, ob. cit., p. 79. En este sentido, podemos encontrar a la planificación dentro de la Constitución en sus artículos 131 y 149.1.13, aunque con un carácter meramente económico; así también se han pronunciado varias Sentencias del Constitucional, y un ejemplo de ello es la **STC 117/1992**, de 16 de septiembre, la cual en su FJ 2 fija que el Estado “tiene reservada por el art. 149.1.13 de la Constitución una competencia de dirección, en la que tienen cobijo normas básicas y asimismo previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación del sector”.

⁶⁰⁴ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki/GARCÍA URETA, Agustín/LAZCANO BROTONS, Iñigo, *Derecho ambiental. Parte general...*, ob. cit., p. 79.

⁶⁰⁵ LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo...*, ob. cit., p. 150. “Los planes ejercen una importante función en materia de protección ambiental, en cuanto sirven para describir la realidad, analizarla y concordar entre sí los intereses ambientales y los demás intereses que pueden confluir en el sector concreto de actuación, estableciendo un marco para la actuación futura” (LOZANO CUTANDA, Blanca/ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *Administración y legislación ambiental...*, ob. cit., p. 146).

ciudades, además de aquellas herramientas que sirven para la ordenación del territorio en general o incluso sólo a algunos de sus aspectos⁶⁰⁶.

Por otro lado, debemos referirnos a la actividad de servicio público, que se trata de una actividad prestacional que persigue satisfacer las necesidades públicas consideradas como primordiales, mediante la intervención directa de la Administración o controlando y regulando la función de las actividades por parte de sujetos privados (como ejemplo podemos observar el transporte público, sanidad, educación, suministros básicos de energía o incluso el abastecimiento del agua)⁶⁰⁷. Los servicios públicos son sumamente importantes para la defensa y restauración del medioambiente, ya que contribuyen a la protección del entorno, y debemos entenderlos mediante una perspectiva material y otra perspectiva formal. La primera considera que los servicios públicos son solamente aquellas actividades dedicadas a prestar una utilidad que puede considerarse como necesaria para el buen desenvolvimiento de la vida social; en cuanto a la segunda, lo esencial es que el Estado u otro ente territorial tiene de asumir ese deber y responsabilidad para garantizar la prestación del servicio en una forma regular y correcta hacia los ciudadanos, ya sea mediante un tercero o siendo desenvuelta por la misma Administración⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki/GARCÍA URETA, Agustín/LAZCANO BROTONS, Iñigo, *Derecho ambiental. Parte general...*, ob. cit., p. 85. El Tribunal Constitucional, mediante su **STC 46/2007**, de 1 de marzo, entiende por ordenación territorial la “actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que puede destinarse el suelo o espacio físico territorial: está constituido por un conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador cuyo objeto consiste en la fijación de los usos del suelo y el equilibrio entre las distintas partes del territorio del mismo; comprende la aprobación de los planes, instrumentos y normas de ordenación territorial”.

⁶⁰⁷ SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ, Leonardo J., “Cuestiones jurídicas básicas: El Ordenamiento jurídico y el Derecho administrativo...”, ob. cit., p. 32.

⁶⁰⁸ LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo...*, ob. cit., p. 153.

CAPÍTULO V

EL AGUA: PROBLEMÁTICA Y ACCIONES

5.1. El agua y su situación; 5.1.1. Acceso y contaminación del agua; 5.1.2. Agentes contaminantes; 5.1.3. Enfermedades producidas por la ingesta de “agua sucia”; 5.1.4. Reservas de agua y crecimiento demográfico; 5.2. El Derecho como protector del agua; 5.2.1. Derecho al agua y Derecho de aguas; 5.2.2. Medidas internacionales para la defensa del agua (Conferencias, Foros, Cumbres...); 5.3. Los recursos hídricos españoles; 5.3.1. Calidad del agua en España; 5.3.2. La regulación de las aguas; 5.3.3. El agua en el actual Derecho español; 5.3.3.1. La Ley de aguas; 5.4. La Unión europea y el agua; 5.4.1. Directiva Marco de Aguas 2000/60/CE; 5.4.2. Transposición del Derecho comunitario al Derecho español en materia hídrica; 5.5. Instrumentos de protección y mejora de las aguas; 5.5.1. Medidas previas (“*ex ante*”); 5.5.1.1. Evaluación de impacto ambiental; 5.5.1.2. Planificación hidrológica; 5.5.2. Medidas de conservación y mejora; 5.5.2.1. Autorizaciones de vertido; 5.5.2.2. Régimen económico-financiero del dominio público hidráulico; 5.5.2.3. Saneamiento; 5.5.3. Medidas sancionadoras (“*ex post*”)

5.1. El agua y su situación

Como hemos señalado con reiteración, el cuidado del medioambiente es de vital importancia y, en nuestros días, es un tema que tanto los gobiernos como organizaciones mundiales han impulsado para mejorar y respetar el entorno ambiental. Los elementos de la naturaleza deben tener una protección eficaz, y para ello su tutela se puede manejar sectorialmente, tomando en consideración las aguas continentales, los montes, los mares, las minas, la energía, el ruido, la atmósfera, etc. En nuestro estudio,

centraremos el análisis en las aguas continentales, siendo un elemento natural que desde nuestro punto de vista, es uno de los más importantes (si no es el más)⁶⁰⁹, debido a la necesidad que tenemos todos los seres vivos del planeta de consumirla, aunque nosotros además la empleamos para diversos usos, como el recreativo, riego agrícola, actividades industriales, comerciales, producción de energía, producción de comida, higiene, etc⁶¹⁰.

Por lo anterior, tener acceso al agua ha llegado a ser definido como “una necesidad humana”, pero también como “un derecho humano”⁶¹¹, debido a que es esencial para poder llevar una vida digna, si bien es cierto que actualmente ese

⁶⁰⁹ Para autores como RAMOS OLMOS, SEPÚLVEDA MARQUÉS, VILLALOBOS MORETO, el agua es sin duda “el recurso natural más importante del mundo, ya que sin ella no podría existir la vida y las industrias no funcionarían. El agua no tiene sustituto en muchas aplicaciones. El agua juega un papel muy importante en el desarrollo de las comunidades, ya que es indispensable asegurar su abastecimiento para que una comunidad esté establecida permanentemente. Sin embargo, los desechos líquidos, sólidos y algunos gases de las comunidades tiene un potencial considerable para contaminar el ambiente” (RAMOS OLMOS, Raudel y Otros, *El Agua en el Medio Ambiente, Muestreo y Análisis*, Ed. UABC /Plaza y Valdés, Mexicali, Baja California, 2003, p. 25). De igual forma opina MARTÍN MATEO, quien afirma que el agua “es el elemento más importante de nuestro planeta, el que ha permitido la aparición, y sobre todo el mantenimiento de la vida. A diferencia de lo que sucede en otros astros inertes, la existencia de agua en la Tierra ha hecho posible la biosfera, para lo que ha constituido un factor determinante el proceso de la fotosíntesis apoyado en el agua como ulterior liberación de oxígeno a la atmósfera” (MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental, T. II*, Ed. Trivium, Madrid, 1992, p. 1). También NAVARRO ORTEGA afirma que el agua es el “recurso natural más importante para los seres vivos y cubre más del 70 por 100 de la superficie terrestre”; dicho autor hace mención del filósofo Tales de Mileto quien decía “el agua constituye el origen de todas las cosas” (Cfr. NAVARRO ORTEGA, Asensio, “Derecho de aguas”, en *Derecho ambiental (adaptado al EEES)*, Dir. María Asunción Torres López/Estanislao Arana García, Ed. Tecnos, Madrid, 2012, p. 316).

⁶¹⁰ Uno de los grandes cambios en los usos del agua se llevó a cabo a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, con la llamada «gran hidráulica» y, mediante ese cambio en los usos del agua, se “acreció la capacidad de la sociedad de transformar la naturaleza para satisfacer las exigencias de su reproducción. Lo anterior significó presas cada vez más altas, resistentes, baratas, gracias a nuevos diseños y materiales; canales de conducción cada vez más largos y de mayor capacidad; el establecimiento de los nuevos sistemas de provisión de agua y alcantarillado en las localidades urbanas, y el inicio de la explotación intensiva de las aguas subterráneas, gracias a las perforadoras cada vez más potentes, a los motores de combustión interna y más tarde a las bombas eléctricas. La expansión de la industria eléctrica (hidroeléctrica) como rama industrial de gran escala mediante el desarrollo de la capacidad de generación y la transmisión a grandes distancias forma parte de esa revolución en los usos del agua”. ABOITES AGUILAR, Luis, *La decadencia del agua de la nación. Estudio sobre desigualdad social y cambio político en México. Segunda mitad del siglo XX*, Ed. El Colegio de México, México D.F., 2009, p. 23.

⁶¹¹ LIU, Julian, “Issue focus: the human right to water”, en: *Enfoque DESC*, N°. 1, Vol. 2, Center for economic and social rights, EE.UU, 2003, p. 2.

panorama se encuentra muy lejano, debido a que existe una gran falta de agua potable y saneamiento, por lo que una gran parte de la población mundial está sufriendo por ello.

El agua debe mantener tres atributos: cantidad, calidad y disponibilidad⁶¹², y es que la ausencia de alguno de estos tres puede acarrear serios problemas. La falta de agua puede deberse a dos factores: la disminución de oferta o el aumento de la demanda, por lo que la administración de las reservas es sumamente importante. Por otro lado, el exceso de agua, que es visto con inundaciones, también es un gran problema, que aunque se trata de una circunstancia más llamativa, ésta puede provocar menos pérdidas que las causadas por las sequías⁶¹³.

En la actualidad, tenemos graves dificultades de acceso al líquido vital⁶¹⁴, pero también están los problemas de contaminación, y es que es evidente que ha disminuido la cantidad y la calidad del agua. Además, se ha producido un incremento desmedido en

⁶¹² Para BRAÑES se debe hacer hincapié en la cantidad y la calidad, mencionando sobre el primer aspecto que “debe señalarse que algunas modificaciones que el hombre ha introducido en el ambiente han influido negativamente en el ciclo hidrológico o en ciertas fases suyas, disminuyendo la oferta natural de agua frente a una demanda siempre creciente, hasta el punto que se dice hoy que el agua es un recurso «difícilmente renovable». La protección de las aguas tiene que ver entonces, en primer lugar, con el mantenimiento de las condiciones naturales que permiten el proceso de su renovación, es decir, el ciclo de su evaporación, precipitación, depósito y flujo. La protección de las aguas tiene que ver, en segundo lugar, con el uso racional del recurso”. En cuanto al segundo aspecto el autor menciona que “históricamente, los cuerpos de aguas han sido utilizados por el hombre, entre otros propósitos, como recipientes de toda clase de desechos, incluidas las mismas aguas desechadas (aguas residuales), lo que ha determinado una alarmante pérdida de su calidad. Es oportuno dejar en claro que el agua no es un elemento natural «puro». En consecuencia, cuando se habla de mantención de la calidad del agua, lo que se pretende decir es que el agua debe mantener aquellas aptitudes suyas que le permiten satisfacer necesidades que son diversas y que presentan requerimientos de calidad distintos entre sí (consumo humano y de animales, riego de la tierra, usos recreativos e industriales, etc.), por lo que más bien habría que hablar de «calidades» del agua” (BRAÑES, Raúl, *Manual de Derecho ambiental mexicano*, 2ª ed., 3ª reimpresión, Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2012, p.p. 399-400).

⁶¹³ GARDUÑO L., René, “Ciencia y conciencia del agua”, en *El futuro del agua en México*, Ed. Universidad de Guadalajara/Colegio de México, México, 2004, p. 30.

⁶¹⁴ “«Carecer de acceso» al agua y el saneamiento es un eufemismo políticamente correcto para hablar de una privación que amenaza la vida, destruye las oportunidades y socava la dignidad humana. No disponer de acceso al agua significa que la gente debe recurrir a acequias, ríos y lagos contaminados con excrementos humanos o animales o utilizados por los animales. También implica no disponer de agua suficiente para cubrir siquiera las necesidades humanas básicas”. PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2006. Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua*, Ed. Mundi-Prensa, Madrid, 2006, p. 5.

la población, lo cual hace se agudicen aun más los problemas relacionados con el agua⁶¹⁵.

5.1.1. Acceso y contaminación del agua

La falta de acceso al recurso hídrico y su contaminación son dos de los grandes problemas, y es que según datos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), aproximadamente el 17% de la población humana no tiene acceso al agua potable, y alrededor del 40% de la población carece de un servicio de saneamiento adecuado⁶¹⁶; es decir, más de 1, 100 millones de personas carece de acceso a una fuente segura de agua potable, y unos 2, 600 millones no poseen saneamientos apropiados, aunque en muchas ocasiones esto se debe a malas gestiones políticas y a una regulación poco eficaz, y no tanto a la disponibilidad del recurso hídrico⁶¹⁷. De igual forma, debemos advertir que las normas internacionales establecidas por organismos como la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), sugieren que el consumo sea como mínimo 100 litros de agua por día en una familia de cinco integrantes, esto es, 20 litros por persona, y de una fuente que se encuentre a más de un kilómetro del hogar⁶¹⁸. Sin embargo, considerando las necesidades del agua para el baño y para lavar, el límite de agua por persona aumenta hasta 50 litros por día⁶¹⁹.

⁶¹⁵ SALGADO LEDESMA, Eréndira, “Agua ¿cuál es el problema?”, en *Régimen jurídico del agua culturas y sistemas jurídico comparados*, Ed. UNAM, México D.F., 2007, p. 315.

⁶¹⁶ SALGADO LEDESMA, Eréndira, “Agua ¿cuál es el problema?”..., ob. cit., p. 320; “Unos 40 países en desarrollo proporcionan agua limpia a menos del 70 % de sus ciudadanos y 54 de estos países proporcionan un saneamiento seguro a menos de la mitad” (PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2006*..., ob. cit., p. 36).

⁶¹⁷ “Aunque las necesidades básicas pueden variar, el umbral mínimo es de aproximadamente 20 litros al día. La mayoría de los 1, 100 millones de personas incluidas en la categoría de personas sin acceso a agua limpia utilizan aproximadamente 5 litros diarios, una décima parte de la cantidad promedio diaria utilizada en los países desarrollados por las cisternas de los inodoros. En promedio los europeos consumen más de 200 litros y los estadounidenses consumen más de 400 litros” (PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2006*..., ob. cit., p.p. 2 y 5).

⁶¹⁸ Existen legislaciones nacionales donde se garantiza el Derecho al agua, como es el que caso de Bélgica, que mediante el Decreto de 20 de diciembre de 1996, de la Comunidad Flamenca de Bélgica, establece que “cada abonado tiene derecho al suministro mínimo e ininterrumpido de electricidad, gas y agua para el uso doméstico a fin de que pueda vivir conforme al nivel de vida existente. Cada persona tiene derecho a disponer de agua potable en cantidad y de calidad adecuada para su alimentación y para sus necesidades domésticas y de salud”. Y es que desde

Además, las estimaciones hechas dicen que el “estrés de agua” está en aumento, de modo que actualmente unos 700 millones de personas de 43 países viven por debajo del umbral de “estrés de agua”⁶²⁰, teniendo dificultades para abastecer el mínimo anual requerido per capita de 1, 700 metros cúbicos para beber, lo necesario para que esa gente pueda llevar una vida activa y saludable⁶²¹. Asimismo se prevé que para 2025 esta cifra llegue a los 3, 000 millones de personas⁶²²; y para el 2050 se estima que uno de cada cuatro personas vivirá en un país afectado por la escasez de agua fresca⁶²³. De acuerdo con los informes de la Organización Mundial de la Salud, aproximadamente 1,

enero de 1997, cada habitante ha venido recibiendo en forma gratuita el suministro de 15 m3 de agua al día. NACIONES UNIDAS, “Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento”, en *Informe final del Relator Especial El Hadji Guissé del Consejo Económico y Social*, 2004, p. 13.

⁶¹⁹ “El consumo de agua en los países desarrollados no disminuye la disponibilidad de agua en los países menos desarrollados. El consumo mundial no es un juego de suma cero en el cual un país obtiene menos si otro obtiene más. Pero las comparaciones acentúan las disparidades en el acceso a agua limpia y más aún al agua mineral embotellada. Los 25, 000 millones de litros de agua mineral que se consumen anualmente en Estados Unidos sobre pasan el consumo total de agua limpia de los 2.7 millones de personas en Senegal, que carecen de acceso a una fuente de agua mejorada. Y con el agua mineral consumida entre Alemania e Italia se podrían cubrir las necesidades básicas de agua de más de 3 millones de personas de Burkina Faso para cocina, lavado y otros fines domésticos. Mientras una parte del mundo apoya al mercado del agua embotellada, que no genera ningún beneficio tangible para la salud, la otra parte sufre graves riesgos para la salud pública por la necesidad de beber agua de los drenajes o de lagos y ríos que comparten con animales y que están infectados con bacterias nocivas” (PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2006...*, ob. cit., p. 35).

⁶²⁰ Sobre el estrés ambiental, BLANCO ABARCA considera que el “el estrés proviene... de la ausencia de congruencia, de la coacción que el ambiente puede ejercer sobre las actividades del sujeto incrementando de esta manera su presión, su influencia y su demanda sobre aquél. La demanda sería, en consecuencia, inversamente proporcional al control (se incrementa en la medida en que éste disminuye) y directamente proporcional a la significación. Esto... suministra las bases para una concepción ecológica del estrés, en razón de la cual éste sería un fenómeno típicamente ambiental producido por la incapacidad o el impedimento que el entorno nos pone a la hora de llevar a cabo la cumplimentación de ciertas metas o la satisfacción de necesidades”, BLANCO ABARCA, Amalio, “El estrés ambiental”, en *Introducción a la psicología ambiental*, Dirs. Jiménez Burrillo, Florencio/Aragonés, Juan Ignacio, Ed. Alianza, Madrid, 1986, p. 240.

⁶²¹ PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2006...*, ob. cit., p. 14; THE UNITED NATIONS WORLD WATER DEVELOPMENT REPORT, *Water for people. Water for life*, Ed. UNESCO/Berghahn Books, Barcelona, 2003, p. 10.

⁶²² PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2006...*, ob. cit., p. 14.

⁶²³ THE UNITED NATIONS WORLD WATER DEVELOPMENT REPORT, *Water for people. Water for life...*, ob. cit., p. 10.

600, 000 niños menores de cinco años murieron en el año 2005, en otras palabras 4, 500 niños diarios por falta de agua⁶²⁴.

Uno de los principales problemas del agua es la calidad; incluso si los problemas de acceso y distribución no existieran, los lagos, ríos, y las aguas subterráneas seguirían con el problema de contaminación, y es que con los desechos industriales y químicos, los fertilizantes y pesticidas que se usan en la agricultura y con los desechos humanos (los cuales son los más frecuentes, con 2 millones de toneladas al día desechadas en los recursos hídricos) se siguen contaminando de manera irracional los cursos de agua, llegándose a estimar que la mitad de la población que habita en países en desarrollo está expuesta a fuentes contaminadas, lo cual aumenta la probabilidad de enfermedades⁶²⁵. En este sentido, también se estima que más de la mitad de los principales ríos del mundo están gravemente agotados y contaminados, aumentando la degradación y contaminación de los ecosistemas de los que forman parte, así como la salud de las personas que dependen de ellos para sobrevivir⁶²⁶. A causa de dicha contaminación, se calcula que cada día mueren alrededor de 15 mil personas, más de 5 millones de personas cada año⁶²⁷, y en su mayoría son niños, 1.8 millones, debido a enfermedades relacionadas con el agua contaminada y su falta de saneamiento, pudiendo ser estas muertes evitables⁶²⁸. Además debemos señalar que un tercio de la población humana

⁶²⁴ Véase FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, "Presentación", en *Régimen jurídico del agua culturas y sistemas jurídico comparados*, Ed. UNAM, México, 2007, p. XII.

⁶²⁵ THE UNITED NATIONS WORLD WATER DEVELOPMENT REPORT, *Water for people. Water for life...*, ob. cit., p. 11.

⁶²⁶ PNUMA, *Perspectivas del medio ambiente mundial. 2002. GEO-3, Pasado presente y futuro*, Ed. Mundi-Prensa, Madrid, 2002, p. 153.

⁶²⁷ GLEICK, Peter H., "La importancia de cada molécula", en: *Investigación Científica*, N° 295, Madrid, abril 2001, p. 23; BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua a través del Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 42.

⁶²⁸ PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2006...*, ob. cit., p. 3. "Un 92% de todas las muertes de niños menores de 5 años se concentra en 42 países de bajos ingresos. Se estima que el 63% de todas las muertes de niños menores de 5 años se puede evitar utilizando los conocimientos y métodos actuales, entre los que se encuentran la rehidratación oral para la diarrea, los antibióticos para la neumonía, mosquiteras y fármacos contra la malaria, un mejor suministro de agua y saneamiento e higiene doméstica. Los vínculos entre las enfermedades y muertes infantiles y una disponibilidad de agua y saneamiento insuficiente, una higiene deficiente, y la falta de mejores prácticas de gestión del agua están claros" (UNESCO, *El agua. Una responsabilidad compartida. 2º informe de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos en el mundo*, Ed. UNESCO/WWAP, Zaragoza, 2008, p. 20).

vive en un estado de emergencia a consecuencia de las enfermedades contraídas por el consumo de aguas contaminadas, y otro tercio se ve amenazado porque tiene como único acceso cuerpos de agua que sirven como depósito de desechos de sustancias químicas, a lo que cabe añadir que los efectos a largo plazo por su consumo todavía son desconocidos⁶²⁹.

Mantener a la sociedad con abastecimiento de agua suficiente, limpia, bien tratada y saneada, será indudablemente uno de los mayores retos que enfrentarán los gobiernos de los países para el presente siglo, ya que por su importancia no se deben posponer las acciones a favor de dicho recurso, para así mantener nuestro planeta en buen equilibrio.

La presencia de uno o más contaminantes en el ambiente y es este caso en el agua, o incluso cualquier combinación de éstos⁶³⁰, puede resultar nociva para la salud del medio acuático. A esto se le denomina contaminación⁶³¹, y es que como

⁶²⁹ VINTIMILLA, Patricia. “Régimen Jurídico Del Agua”, en *Régimen jurídico del agua culturas y sistemas jurídico comparados*, Ed. UNAM, México, 2007, p. 402.

⁶³⁰ Un contaminante es “toda materia o energía en cualquiera de sus estados físicos y formas, que al incorporarse o actuar en la atmósfera (agua, suelo, flora, fauna o cualquier elemento ambiental), altera o modifica su composición natural y degrada su calidad”. RAMOS OLMOS, Raudel y Otros, *El Agua en el Medio Ambiente...*, ob. cit., p. 24.

⁶³¹ RAMOS OLMOS, Raudel y Otros, *El Agua en el Medio Ambiente...*, ob. cit., p. 24. El Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA) en su artículo 93 entiende por contaminación “la acción y el efecto de introducir materias o formas de energía, o inducir condiciones en el agua que, de modo directo o indirecto impliquen una alteración perjudicial de su calidad en relación con los usos posteriores, con la salud humana, o con los ecosistemas acuáticos o terrestres directamente asociados a los acuáticos; causen daños a los bienes; y deterioren o dificulten el disfrute y los usos del medio ambiente”. Así mismo, “el concepto de degradación del dominio público hidráulico a efectos de esta Ley, incluye las alteraciones perjudiciales del entorno afecto a dicho dominio”. También conviene señalar lo que el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RDPH) establece acerca de la contaminación, en su artículo 233 párrafo 1, que “entiende por contaminación, a los efectos de la Ley de Aguas, la acción y el efecto de introducir materias o formas de energía, o inducir condiciones en el agua que, de modo directo o indirecto, impliquen una alteración perjudicial de su calidad en relación con los usos posteriores o con su función ecológica”. En su párrafo 2 señala que “entre los usos posteriores mencionados en el apartado anterior, serán objeto de especial protección aquéllos que corresponden a los abastecimientos de agua potable, impliquen afección a la salud humana o tengan asignada una función ecológica para la protección de zonas vulnerables o sensibles”. Es importante señalar que para autores como BLANCO LOZANO, la contaminación del agua no puede ser “considerada en términos absolutos. La contaminación hídrica es una cualidad relativa: depende del uso concreto a que se destine el recurso. Así, un agua contaminada para el consumo humano puede no estarlo para el consumo animal o para el riego de los campos (BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua a través del Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 42-43).

consecuencia de ello, el agua puede llegar a estar tan contaminada a causa de las actividades humanas, que ya no sea útil, sino más bien nociva, convirtiéndose en aguas residuales⁶³². Según las estadísticas, la mayoría de los ríos, lagos y lagunas se encuentran contaminados desde su origen hasta su desagüe. Además los ríos del mundo son usados como depositarios de alrededor de 460 km³ de aguas residuales, provenientes de origen tanto doméstico como industrial⁶³³, por lo que la contaminación es uno de los factores que afectan a la regulación del agua limpia y saludable para su consumo, así como para los diversos usos.

5.1.2. Agentes contaminantes

Como ya hemos mencionado, la contaminación de las aguas, en su mayoría, es producida por las actividades humanas, pero en algunas ocasiones se deriva de procesos naturales, en los cuales se alteran las propiedades físicas, químicas y biológicas de los recursos hídricos, con lo cual se ve afectada tanto la salud humana como la de los ecosistemas. Algunos de los contaminantes que producen daños al agua pueden ser los excesos de nutrientes, sedimentos, temperatura, pH, metales pesados, componentes orgánicos y agrotóxicos, factores biológicos, etc⁶³⁴.

Podemos destacar la contaminación por *microorganismos patógenos*, que es uno de los factores de contaminación más comunes, en especial en aquellos lugares en donde el acceso al agua limpia es limitado e inseguro. Los patógenos son bacterias, protozoos y virus, y normalmente estos microorganismos llegan al agua a través de las

⁶³² Las aguas residuales “son el cuerpo líquido de composición variada proveniente del uso municipal, industrial, comercial, agrícola, pecuario o de cualquier otra índole, pública o privada, y que por tal motivo haya sufrido degradación en su calidad original”. RAMOS OLMOS, Raudel y Otros, *El Agua en el Medio Ambiente...*, ob. cit., p. 24.

⁶³³ VINTIMILLA, Patricia. “Régimen Jurídico Del Agua” ..., ob. cit., p. 401.

⁶³⁴ La situación se agudiza cuando una serie de contaminantes “se combinan sinérgicamente para causar impactos peores o distintos de aquellos provocados de forma cumulativa por un contaminante aislado. En último caso, cuando el incremento de contaminantes es continuo y se eleva a concertaciones que exceden las capacidades que el ecosistema soporta, generando alteraciones dramáticas que pueden ser imposibles de revertir” (PNUMA/AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (Brasil), *Cuidando das águas. Soluções para melhorar a qualidade dos recursos hídricos*, Brasília, 2011, p. 20).

heces de humanos y animales, por lo que el consumo del agua infectada representa uno de los mayores riesgos para la salud de las personas expuestas, causando enfermedades como la salmonelosis, gastroenteritis, cólera, tifus, hepatitis, etc⁶³⁵. En los países en vías de desarrollo las enfermedades producidas por estos patógenos son una de las causas más importantes de muerte, sobre todo en niños. Según cifras oficiales, existe un predominio de hepatitis con 1,5 millones de casos, lombrices intestinales con 133 millones de casos, y la schistosomiasis con 160 millones de casos, lo cuales han estado vinculados a una sanidad inadecuada⁶³⁶.

Los *desechos orgánicos* que provienen de animales, vegetales y humanos son un serio contaminante. Además, también incluyen heces y otros materiales que pueden ser descompuestos por las bacterias aerobias, es decir en procesos de consumo de oxígeno. Su problema se presenta cuando existe un exceso de desechos que producen una gran proliferación de bacterias que acaban con el oxígeno del líquido, transformándolo en un entorno difícil para la vida de la fauna que necesite oxígeno. Su medición se hace a través de los índices para medir la cantidad de Oxígeno Disuelto en agua (OD), o la Demanda Biológica o Bioquímica de Oxígeno (DBO)⁶³⁷. El *exceso de nutrientes* causa un grave problema de contaminación en los recursos hídricos, siendo la fuente contaminante más común en todo el mundo. Los nitratos y fosfatos son los que generalmente causan este daño, los cuales provienen, en su mayoría, de las actividades

⁶³⁵ PNUMA/AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (Brasil), *Cuidando das águas...*, ob. cit., p. 21.

⁶³⁶ PNUMA, *Perspectivas del medio ambiente mundial. GEO4 medio ambiente para el desarrollo*, Ed. PNUMA, Dinamarca, 2007, p. 132; THE UNITED NATIONS WORLD WATER DEVELOPMENT REPORT, *Water for people. Water for life...*, ob. cit., p.p. 105-108. Una forma para medir la salubridad de las aguas, en lo que se refiere a microorganismos, es el número de bacterias coliformes presentes en el agua. El agua que se abastece para beber por el sistema de distribución debe contener 0 colonias de coliformes por 100ml de agua (Véase RAMOS OLMOS, Raudel y Otros, *El Agua en el Medio Ambiente...*, ob. cit., p.p. 49 y 60).

⁶³⁷ Dentro de los contaminantes, se pueden encontrar en mayor proporción, proteínas (40-60%), carbohidratos (25-50%), y lípidos (grasas y aceites 10%), las cuales son degradadas por microorganismos a través de una fermentación aerobia o anaerobia. Es importante apuntar que las bacterias aerobias utilizan “el oxígeno libre, dando como productos finales dióxido de carbono, agua, alcoholes, amoníaco, nitratos y ácidos orgánicos principalmente”, por su parte las bacterias anaerobias no necesitan oxígeno y “sus productos finales se caracterizan por producir olores desagradables, como sulfuro de hidrógeno, metano, mercaptanos, indoles y fenoles” (RAMOS OLMOS, Raudel y Otros, *El Agua en el Medio Ambiente...*, ob. cit., p.p. 47 y 110).

agrícolas⁶³⁸. Este tipo de sustancias que se utilizan para el desarrollo de las plantas, aumenta la tasa de productividad primaria en niveles excesivos, lo cual, en la flora de los recursos hídricos, lleva a las algas a un crecimiento desmesurado, lo que puede producir una eutrofización de las aguas. Incluso algunos tipos de algas (cianobacterianas) pueden producir toxinas perjudiciales para los humanos y animales que ingieran o se expongan a este tipo de aguas. Igualmente, el exceso de nutrientes puede producir una acidificación del agua dulce, acarreando graves problemas para los ecosistemas hídricos⁶³⁹. La acidificación en el agua también es provocada a causa de diferentes actividades industriales, como la minería y la producción de energía a partir de combustibles fósiles, lo cual daña la salud de sus características biológicas, viéndose afectado el pH de los ecosistemas acuáticos⁶⁴⁰.

Algunos *compuestos inorgánicos* los podemos encontrar en forma de disoluciones, soluciones y coloides, y material suspendido, proviniendo de todas las fuentes de contaminación. En este grupo están incluidos ácidos, metales tóxicos como el mercurio, el plomo y sales inorgánicas (cloruros, sulfatos, silicatos y óxidos metálicos) que no tienen un proceso de biodegradación. En elevadas cantidades causan serios daños al entorno natural, y en el sector agrícola pueden producir daños materiales mediante la corrosión de los instrumentos que se utilizan para la distribución del agua. La autopurificación del agua, cuando se presenten estos contaminantes, dependerá de su poder de dilución y de la sedimentabilidad de los compuestos⁶⁴¹. *Los sedimentos* son en ocasiones consecuencia de la erosión, que en muchas regiones las actividades del

⁶³⁸ “La utilización intensiva de plaguicidas y de fertilizantes ha sido causa de que los productos químicos pasen por lixiviación a las existencias de agua dulce de muchos lugares. La contaminación con nitrógeno como consecuencia de la utilización excesiva de fertilizantes es, en la actualidad, uno de los problemas más graves de la calidad del agua. Los niveles máximos permisibles de nitratos en el agua para beber se rebasan en algunos lugares de todos los países de Europa y en muchos países de otras regiones. Los nitratos no solamente son peligrosos para la salud humana, pues provocan daños cerebrales e incluso el fallecimiento de algunos infantes, sino que estimulan un rápido crecimiento de algas en las vías acuáticas, lo que culmina en la eutrofización de las aguas acuáticas interiores y del mar” (PNUMA, *Perspectivas del medio ambiente mundial 2000*, Ed. Mundi-Prensa, Madrid, 2000, p. 42).

⁶³⁹ PNUMA/AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (Brasil), *Cuidando das águas...*, ob. cit., p. 20.

⁶⁴⁰ PNUMA/AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (Brasil), *Cuidando das águas...*, ob. cit., p. 21.

⁶⁴¹ RAMOS OLMOS, Raudel y Otros, *El Agua en el Medio Ambiente...*, ob. cit., p.p. 49-50.

hombre han acelerado su proceso natural, aumentando el volumen, la tasa y el momento de intrusión de sedimentos en los recursos hídricos, afectando los procesos físicos y químicos. Un aumento de sedimentos puede significar una disminución en la productividad primaria, además de que reduce y daña los hábitats de desove, por lo que se perjudica a los peces, plantas y organismos que viven en los sistemas acuáticos⁶⁴². La acumulación de sedimentos también destruye sitios de alimentación, y obstruye puertos, canales, ríos, etc.

Otro de los factores que dañan el medioambiente acuático es la *temperatura del agua*, ya que desempeña un papel sumamente importante en los procesos físicos y químicos, así como en los biológicos, en el caso del desove y la migración de las especies. Las alteraciones en la temperatura natural de los ciclos del agua, puede implicar un impedimento o alteración en la reproducción y en el crecimiento de la poblaciones de peces y otros organismos. El agua, cuanto más caliente sea, menor oxígeno contendrá, por lo que perjudica funciones metabólicas y de salud. Normalmente, este tipo de contaminación es producida por centrales de energía o procesos industriales que desechan agua con temperaturas elevadas en los ríos o embalses, con lo que se afecta a la vida de los organismos⁶⁴³. Y es que los ecosistemas acuáticos tienen una temperatura ya establecida, que con cambios moderados no ocurre nada, pero con una elevación más allá de 40° C, además de propiciar una reducción en la reproducción, puede incluso matar a los seres vivos que habiten en ella⁶⁴⁴. De igual forma, deben tenerse en cuenta las *sustancias radioactivas*, pues si bien se trata de isótopos radiactivos solubles, los cuales no son un problema en cantidades pequeñas, cuando estas se acumulan en los seres vivos a través de las cadenas tróficas, pueden llegar a niveles de peligro para los organismos. Estos residuos provienen de plantas industriales, centros de investigación y hospitales con tecnología que utilice este tipo de compuestos en instalaciones para el diagnóstico por imagen. Por lo general su contaminación está bastante controlada, y en muchos países es muy reducida⁶⁴⁵.

⁶⁴² PNUMA/AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (Brasil), *Cuidando das águas...*, ob. cit., p.p. 20-21.

⁶⁴³ PNUMA/AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (Brasil), *Cuidando das águas...*, ob. cit., p. 21.

⁶⁴⁴ RAMOS OLMOS, Raudel y Otros, *El Agua en el Medio Ambiente...*, ob. cit., p.p. 50-51.

⁶⁴⁵ RAMOS OLMOS, Raudel y Otros, *El Agua en el Medio Ambiente...*, ob. cit., p. 49.

5.1.3. Enfermedades producidas por la ingesta de “agua sucia”

Los ecosistemas y la salud pública dependen en gran medida de la calidad de las aguas, muchas enfermedades se asocian a aguas de mala calidad, ya sea por su ingesta o mediante la contaminación de alimentos⁶⁴⁶. En este sentido, los índices mundiales muestran que el 80% de las enfermedades infecciosas y parasitarias gastrointestinales y además de una tercera parte de las muertes que son causadas por estas enfermedades, se producen a raíz del uso y consumo de aguas en mal estado, siendo éstas la principal vía de transmisión de bacterias, virus o parásitos. Según la OMS, mediante el saneamiento y la potabilización adecuada, se puede reducir la morbilidad (número de casos) y mortalidad (número de muertes) de las enfermedades más graves que son usualmente asociadas con el agua en un 20 y un 80% respectivamente, y es que en los sitios en donde se carece del saneamiento adecuado, las enfermedades que se transmiten por el agua tienden a propagarse rápidamente. Comúnmente estos organismos crecen en el tracto intestinal, abandonando el cuerpo mediante heces y penetrando en un nuevo huésped a través del consumo de agua con contaminación fecal⁶⁴⁷. También el 80% de todas las enfermedades y más del 30% de todas las muertes que se producen en el mundo se deben directa o indirectamente al consumo de agua contaminada⁶⁴⁸. La acumulación de residuos insuficientemente tratados son el origen de varias alteraciones sanitarias⁶⁴⁹. Constituye un problema muy grave la falta de evacuación sanitaria de

⁶⁴⁶ CARABIAS, Julia y Otros, *Agua, Medio Ambiente y Sociedad. Hacia la gestión integral de los recursos hídricos en México*, Ed. UNAM/COLMEX, México D.F., 2005, p. 73.

⁶⁴⁷ DÍAZ DELGADO, Carlos y otros, “Riesgo de enfermedades transmitidas por el agua en zonas rurales”, en *Agua potable para comunidades rurales, reuso y tratamientos avanzados de aguas domésticas (libro electrónico)*, Ed. CIRA – RIPDA CYTED, México, 2003, p. 155.

⁶⁴⁸ BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua a través del Derecho penal...*, ob. cit., p. 42.

⁶⁴⁹ “Un vertedero deficientemente controlado puede transmitir también a los cursos de agua subterráneo, virus o bacterias sanitariamente nefastos que no alteran sin embargo los componentes básicos del medio... estas circunstancias han dado lugar a grandes perturbaciones sanitarias, calificadas como epidemias o pandemias de base infecciosa o infectocontagiosa. Así las terribles pestes negras que diezmaron Europa en la Edad Media eran consecuencia de la transmisión de gérmenes a los humanos por las pulgas parásitos de las ratas, lo que a su vez se propagaba por la suciedad del ambiente que servía de hábitat a los roedores. Un caso testigo es el del paludismo, enfermedad endémica en determinadas áreas que inversamente ha sido considerada como de origen ambiental cuando su caracterización es típicamente sanitaria. Las fiebres palúdicas que debilitaron generacionalmente a los habitantes de determinadas zonas de la Tierra, ocasionando además muertes prematuras, se transmitían por las picaduras de un

desechos y de agua limpia para beber, cocinar y lavar, siendo, como ya hemos mencionado, la consecuencia de ello enfermedades, que pueden tener origen bacteriano, viral o parasitario⁶⁵⁰:

- Principales enfermedades de origen bacteriano:

Las fiebres tifoideas y paratifoideas tienen como agente patógeno la *Shigella* spp. Dentro de los síntomas del tifus están las fiebres, diarreas y vómitos, además de inflamación del bazo y del intestino. *La disentería*, que se caracteriza por fuertes diarreas, es causante de muchas muertes de niños alrededor del mundo, aunque en pocas ocasiones es mortal en adultos. *El cólera*, que se caracteriza mediante síntomas como diarreas, vómitos intensos y deshidratación, puede llegar a ser mortal si no se trata adecuadamente. *La gastroenteritis* causa diarreas, náuseas y vómitos, además de dolores en el tracto digestivo, aunque existe poco riesgo de muerte.

- Principales enfermedades de origen viral:

La hepatitis causa inflamación en el hígado, lo cual puede dejar consecuencias permanentes en el órgano, y se caracteriza por síntomas como cansancio, debilidad muscular, síntomas gastrointestinales, como pérdida de apetito, diarrea y vomito. También puede presentar síntomas similares a la gripe, como dolor de cabeza, escalofríos y fiebre, pero los síntomas más representativos que se pueden observar en esta enfermedad son la ictericia, es decir, el cambio que se produce en el color de los

mosquito común, que contagiaba la sangre de los sanos con la de los enfermos previamente visitados. La erradicación de esta enfermedad se produjo finalmente por el aislamiento hospitalario de los que padecían estas dolencias. Durante mucho tiempo se creía que era causada por las emanaciones de las charcas y lagunas, que no eran otra cosa que la consecuencia de la transformación químico-orgánica de los sedimentos estancados. Mas adelante antes de atacar directamente las causas, se intento eliminar los vectores desecando lagunas o recubriendo con petróleo su superficie para evitar la incubación de los mosquitos, por el camino quedaron múltiples zonas húmedas y pantanosas del litoral que hoy tenemos en el mayor aprecio como grandes reservorios de la biodiversidad” (MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental, T. IV (actualización)*, Ed. Edisofer, Madrid, 2003, p. 128).

⁶⁵⁰ DÍAZ DELGADO, Carlos y otros, “Riesgo de enfermedades transmitidas por el agua...”, ob. cit., p.p. 155 y ss; ECHARRI, Luis, *Ciencias de la Tierra y del medioambiente*, Ed. Teide, libro electrónico, 1998, tema 11, Véase en página web: <http://www.tecnun.es/asignaturas/Ecologia/Hipertexto/00General/Principal.html>

ojos y la piel hacia un tono amarillo, las heces pálidas y la coloración intensa de la orina. La *poliomielitis* se reconoce por intensos dolores musculares, sensación de debilidad, temblores y parálisis, tratándose de una enfermedad que puede llegar a ser mortal.

- Principales enfermedades de origen parasitario:

La *disentería amebiana* tiene su origen en protozoos que se transmiten por vía fecal-oral a través del agua y alimentos contaminados, se caracteriza por una diarrea severa, escalofríos y fiebre, y si no es tratada puede llegar a ser grave. También está la *esquistosomiasis*, que se caracteriza por anemia y una fatiga continua.

5.1.4. Reservas de agua y crecimiento demográfico

En realidad, la cantidad de agua en nuestro planeta se ha mantenido constante desde su origen (3, 000 millones de años aproximadamente), y en términos globales el recurso no es escaso, pero sí limitado, por lo que ha sido determinante para la formación y el desarrollo de las civilizaciones. La Tierra contiene unos 1, 360 millones de kilómetros cúbicos de agua, lo que significaría que a cada persona le corresponderían unos 300 millones de metros cúbicos de agua⁶⁵¹. Pero la realidad es otra, y es que en la actualidad nos enfrentamos a un problema muy grave con respecto a los recursos hídricos, por lo que las sociedades y los gobiernos deben cuidar del líquido vital, ya que se prevén guerras en un futuro no muy lejano como consecuencia del agua, y es que el agua dulce en realidad es muy poca. A pesar de que la Tierra esta formada por un 70% de agua, sólo el 2.5% del total de agua es agua dulce, mientras que el 97.5% es salada y se encuentra mayoritariamente en los océanos. Además, del porcentaje de agua dulce existente el 68.9% se encuentra almacenada en forma de hielo, el 30.8% esta acumulada bajo la superficie terrestre y tan sólo el 0.3% restante del agua dulce corresponde al agua superficial que forma los arroyos, ríos y lagos, etc.⁶⁵². Ello representa 1, 700 Km³

⁶⁵¹ BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua a través del Derecho penal...*, ob. cit., p. 34; MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental, T. II*,..., ob. cit. p. 3.

⁶⁵² Los lagos más grandes del mundo son el Baikal en Asia con 18 por ciento del agua que se acumula en los lagos, el Tangañica con 16 por ciento, el Nyasa o Malawi en África con el 10

y de esta forma corresponderían casi un millón de metros cúbicos por persona⁶⁵³. Pero el mayor problema es que en el mundo la distribución de las reservas de agua no son iguales⁶⁵⁴, ya que existen lugares en donde hay más agua que en otros, como en los países áridos, en donde poseen poca agua para el consumo y demás actividades. Podemos observar que el porcentaje estimado de agua para el consumo, en relación con la población, se divide por continente⁶⁵⁵ de la siguiente forma:

por ciento y el Superior en Canadá-Estados Unidos con el 10 por ciento. Y los ríos más caudalosos son el Amazonas, el Congo y el Misisipi. CARABIAS, Julia y Otros, *Agua, Medio Ambiente y Sociedad...*, ob. cit., p. 15.

⁶⁵³ MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental, T. II...*, ob. cit., p. 3; BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua a través del Derecho penal...*, ob. cit., p. 35.

⁶⁵⁴ Para consultar la disponibilidad, saneamiento y acceso por país véanse THE UNITED NATIONS WORLD WATER DEVELOPMENT REPORT, *Water for people. Water for life...*, ob. cit., p.p. 70-74; UNESCO, *El agua. Una responsabilidad compartida. 2º informe...*, ob. cit., p.p. 132-136; PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2006...*, ob. cit., p.p. 305-308.

⁶⁵⁵ ÁFRICA: es una de las regiones con más problemas de escasez de agua, en los noventa 13 de 53 países del continente estuvieron bajo estrés hídrico, con estimaciones para 2025 de que más de la mitad de los países tendrán este problema, debido a la sobreexplotación de los acuíferos. En el continente africano existe una gran deficiencia en el abastecimiento de agua potable y saneamiento, siendo de mayor gravedad en zonas rurales, en donde el 53% de los habitantes no posee estos servicios, por lo que se tiende a un mayor número de casos de enfermedades y muertes por agua contaminada. ASIA: se trata del continente con más recursos hídricos, aunque se observa un escenario distinto cuando se tiene en cuenta el volumen demográfico que tienen. Esta región se puede dividir en dos, oriental y occidental, y en esta última los países árabes poseen climas áridos y semiáridos, 6 de los 10 países con más carencia de agua se encuentran ahí. Asimismo en la parte occidental la población ha crecido de 37.3 millones en 1972 a 97.7 millones en el año 2000, lo cual los ha obligado a racionar el líquido aún más (por ejemplo, en Amman sólo se puede hacer uso del agua tres días a la semana, y en Damasco menos de 12 horas por día). De igual forma, en la parte oriental el índice demográfico es un problema muy agudo, y además la contaminación que poseen sus cauces es alarmante, ya que poseen unos de los más afectados del mundo, como el río amarillo en China, el Ganges en India, y el Amur Daria y Sir Daria en Asia central. EUROPA: este continente tiene la mayor densidad de población y además altos índices de desarrollo humano, pero según los índices de la Agencia Europea de Medio Ambiente, cuatro países que contienen el 18% de la población poseen estrés hídrico: Chipre, Malta, Italia y España. Otros 9 países en donde habita el 32% de la población se encuentran en estrés hídrico moderado, y entre ellos Dinamarca, Rumania, Bélgica, Grecia, Portugal, etc. Como media el 33% del agua que se extrae es usada para la agricultura, 16% para usos urbanos, 11% para la industria y 40% para la producción de energía. OCEANÍA: su disponibilidad de agua por habitante es de las más altas, debido a su índice demográfico y sus recursos hídricos. La actividad que más consume agua es la agricultura, a principios del siglo XX se cultivaba una extensión de 50 mil hectáreas, a finales del mismo siglo la cifra llegó a los 2.31 millones de hectáreas para el cultivo de riego, utilizando intensivamente las aguas superficiales. AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: una de las regiones con más agua en el mundo, pero con grandes problemas de distribución territorial del recurso, además de una fuerte contaminación debido al carente tratamiento de las aguas residuales, fuerte deforestación, expansión urbana y una inadecuada infraestructura hidráulica. En esta región ocurren alrededor de 153 mil muertes al año por enfermedades relacionadas con el agua, de los cuales 85% son niños. El desequilibrio social del continente se ve presente en el acceso al agua potable y

REGIÓN	DISPONIBILIDAD	POBLACIÓN
AMÉRICA DEL NORTE Y CENTRO	15%	8%
AMÉRICA DEL SUR	26%	6%
EUROPA	8%	13%
ASIA	36%	60%
ÁFRICA	11%	13%
OCEANÍA	5%	<1%

*Relación entre la disponibilidad de agua y población⁶⁵⁶

Otra de las preocupaciones es que a medida que la población mundial crece, la demanda de agua limpia y saludable también, lo que hace que sea más difícil abastecer de agua a todos los habitantes. Se tiene registro de que entre 1970 y 1990 el abastecimiento per cápita disminuyó, aunque existe la duda de que realmente el crecimiento demográfico haya sido y sea uno de los factores de este patrón. Las estimaciones hechas por las Naciones Unidas indican una desaceleración en el crecimiento demográfico, lo cual continuará hasta estabilizarse en alrededor de 9,3 mil millones de personas a mediados del siglo XXI, mucho mayor al 6,1 mil millones de personas en 2001⁶⁵⁷. A la carencia de agua potable, de buena calidad, a la contaminación y sobreexplotación se le añaden la expansión económica y el crecimiento demográfico desmedido, y estos a su vez vienen acompañados de un estilo de vida de alto consumo y producción excesiva de residuos, lo que significa un daño más agudo al medioambiente y específicamente al agua.

saneamiento, por falta o deficiencia en las políticas hídricas gubernamentales; además existen zonas en donde hay poca gente y mucha agua y otras en donde hay escasez del recurso y una población grande. AMÉRICA DEL NORTE: Canadá y Estados Unidos son los países que consumen más agua en todo el mundo. Por su parte, Canadá es el noveno país con mayor disponibilidad de agua. En los estudios realizados por el PNUMA sobre la calidad del agua en 2002, de 122 países Canadá ocupa el segundo lugar, Estados Unidos el 12 y México el 106. El consumo per cápita en estados Unidos es de 1, 722 metros cúbicos por habitante al año, Canadá 1, 478 metros cúbicos y México 693 metros cúbicos. Véase LA JORNADA, *Agua*, Dir. Carmen Lira Saade, Ed. La Jornada, México D.F., 2005, p.p. 18-21.

⁶⁵⁶ THE UNITED NATIONS WORLD WATER DEVELOPMENT REPORT, *Water for people. Water for life...*, ob. cit., p. 69. “España es el país de Europa con mayor consumo de agua por habitante y día (265 litros)” (GREENPEACE, *Agua. La calidad de las aguas en España. Un estudio por cuencas*, 2005, p. 4).

⁶⁵⁷ THE UNITED NATIONS WORLD WATER DEVELOPMENT REPORT, *Water for people. Water for life...*, ob. cit., p. 12.

5.2. El Derecho como protector del agua

Como hemos mencionado, la problemática del agua es sin duda muy grave a nivel mundial, por lo que se requieren soluciones globales, y es que su extraordinaria complejidad hace que todos los países tengan que involucrarse dentro de esta cuestión ambiental. De esta manera, desde hace varios años los gobiernos de los distintos países, las organizaciones internacionales no gubernamentales, así como la población en general se han dado a la tarea de tomar medidas para su cuidado, por lo que se han impulsado, además de las legislaciones de cada Estado, acuerdos, pactos, foros y convenciones para difundir el estado crítico en el que se encuentra el líquido vital y así poder llegar a mejores soluciones para frenar la problemática. En estas medidas adoptadas a nivel internacional se ha buscado tanto la protección y regulación, como su acceso y abastecimiento, siendo situadas en el Derecho de aguas y en el derecho al agua, aspectos diferentes pero estrechamente unidos⁶⁵⁸.

5.2.1. Derecho al agua y Derecho de aguas

El Derecho de aguas es considerado por NAVARRO ORTEGA como “una rama independiente del Ordenamiento jurídico formada mayoritariamente por normas de «Derecho Público»”⁶⁵⁹. Para BLANCO LOZANO se trata del “sistema jurídico

⁶⁵⁸ Estos dos aspectos del Derecho concernientes al agua son comúnmente confundidos y además en muchas ocasiones se llega a pensar que son lo mismo, por lo que cabe aquí hacer una breve diferenciación, ya que en las diversas actuaciones internacionales han sido tomados en cuenta, siendo ambos parte de lo mismo, una lucha por mantener las aguas en óptimas condiciones para así poder ser aprovechadas para sus diversos usos, haciendo el menor daño al estado natural de los recursos hídricos.

⁶⁵⁹ Continúa el autor... “(es decir, aquellas que ordenan las relaciones jurídicas en las que al menos una de las partes que se ve reflejada es un poder o interés público). Aunque en su origen este Derecho tuvo fuertes raíces ancladas en el Derecho civil, la importancia de esta rama jurídico-privada se ha visto aminorada con la declaración de las aguas como «bienes de dominio público» y la remisión de su régimen jurídico a normas de Derecho público”. Además NAVARRO ORTEGA hace alusión a la Enciclopedia española de Derecho y Administración de 1849, escrita por D. Lorenzo Arrazola, en donde se refiere a la relación existente entre el agua y el Derecho público y la Administración, destacando como “forman un campo vasto todavía donde para acertar es preciso un asiduo desvelo y una aplicación exacta de las máximas

protector-gestor de las aguas situadas sobre las placas continentales”⁶⁶⁰. Cabe resaltar lo descrito por MITRE GUERRA, quien afirma que “«Derecho de aguas» y «Derecho del agua» serían sinónimos de la disciplina del Derecho administrativo especial que estudia la relación de la Administración en la regulación, control y aprovechamiento del recurso hídrico”. Y por otra parte, cuando se habla de «derecho al agua» no se refiere a un derecho transferible “sino de un derecho del individuo de *acceso al agua* para la supervivencia y la seguridad alimentaria”⁶⁶¹.

Para EMBID IRUJO el derecho al agua “funda pretensiones de los individuos frente a los poderes públicos con un ámbito objetivo ciertamente reducido y limitado a necesidades básicas de abastecimiento de agua en condiciones de calidad y de evacuación de dicha agua”⁶⁶². En opinión de GARCÍA MORALES, el derecho al agua

generales a los infinitos casos que pueden ocurrir en esta materia”, por lo que para el autor esto no significa más que el reflejo de una materia compleja y de “enorme casuística, que no han ido sino en aumento con el paso del tiempo, hace que la práctica profesional de este Derecho exija una profunda formación jurídica, además de un cierto conocimiento interdisciplinar transmitido por otras ciencias naturales, ingenierías, de administración y gestión, etc.” NAVARRO ORTEGA, Asensio, “Derecho de aguas”..., ob. cit., p.p. 317-318.

⁶⁶⁰ En este sentido, dicho autor estima que “Debe de partirse, a la hora de considerar el Derecho hidrológico, del hecho de que el elemento agua es imprescindible para la vida humana y para todo desarrollo económico, social y ambiental; de ahí su valor determinante, a través de la historia, en orden a la propia conformación de estructuras poblacionales, culturales y de gobierno. Si tal recurso se presentase por doquier inagotable, no sería probablemente necesario proceder a la regulación de referencia, pero como no es así, su protección debe, ya de entrada y por tan obvias razones, incardinarse en el más sofisticado y eficaz sistema de tutela que han sido los hombres capaces de elaborar: el sistema jurídico” BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua a través del Derecho penal*..., ob. cit., p.p. 53 y 57.

⁶⁶¹ Para MITRE GUERRA existen varias tipologías de derechos al agua, las cuales gozan de protección jurídica y son susceptibles de libre transferibilidad. Y es que también cuando se refiere a «derecho al agua» hace alusión al “«derecho al uso o aprovechamiento del agua», es decir, derechos al uso de caudales mediante concesión, autorización o permiso (del que dimanarían expresiones como «derecho a regar», «derecho al agua para la industria», e incluso «derecho a la energía»”. MITRE GUERRA, Eduardo José, *El Derecho al agua. Naturaleza jurídica y protección legal en los ámbitos nacionales e internacional*, Ed. Iustel, Madrid, 2012, p.p. 119-121.

⁶⁶² Aunque como bien lo refiere dicho autor “los usos comunes no permiten alcanzar el ámbito objetivo que es cubierto por el derecho al agua”. Y es que, acertadamente, EMBID IRUJO reflexiona sobre la dificultad de separar el derecho al agua con “la lucha contra la pobreza, de tal manera que la realización efectiva de ese derecho al agua, supondría la superación de determinadas condiciones de pobreza”. EMBID IRUJO, Antonio, “El Derecho al agua en el marco de la evolución del Derecho de aguas”, en *El Derecho al agua*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 55; EMBID IRUJO, Antonio, “Derecho al agua”, en *Diccionario de Derecho de aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p. 568.

debe ser considerado como “un «hecho natural y social», consecuencia de la necesidad de este elemento para vivir”⁶⁶³. También debemos tener en cuenta lo que manifiesta la Observación general N° 15, en aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su apartado 2: “el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico...”⁶⁶⁴.

Bajo estos planteamientos, podemos identificar el nexo que tienen ambas cuestiones, y es que el derecho al agua lo que busca es garantizar el acceso a una cantidad de agua indispensable que abarque las necesidades básicas humanas y que garantice una vida digna y saludable. Ello sería entendido como un derecho fundamental, que para alcanzarlo se necesita una gestión equitativa y sostenible mediante el derecho del agua⁶⁶⁵. En pocas palabras, uno se encarga del acceso y el otro de la gestión y protección⁶⁶⁶.

Es de destacar que las dos facetas mencionadas han estado en la mira de los actores internacionales, siendo reconocidas en diversos documentos, aunque en algunos casos de manera indirecta, como cuando se trata la salud; y es que la humanidad se ha

⁶⁶³ Y es que la autora afirma que “si el agua constituye un recurso indispensable para la vida, los derechos sobre el agua deberían entenderse como auténticos derechos naturales –basados en los conceptos de derecho usufructuario, propiedad común, uso razonable y preservación de la fuente común– antes incluso que como derechos meramente jurídicos otorgados por el Estado o reconocidos por la ley. Es decir, atendiendo al valor básico del agua como alimento insustituible y elemento de sanidad e higiene básicas, el acceso a una cantidad de agua potable suficiente debería ser asumido internacionalmente como un derecho humano de las personas y las colectividades”. GARCÍA MORALES, Aniza, *El Derecho al agua*, Ed. Trotta, Madrid, 2008, p. 19.

⁶⁶⁴ Prosigue el apartado... “Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica”. Véase INGENIERÍA SIN FRONTERAS/PROSALUS, *Derecho al agua*, España, 2008, p. 23.

⁶⁶⁵ GARCÍA MORALES, Aniza, *El Derecho al agua...*, ob. cit., p.p. 19-20.

⁶⁶⁶ En este sentido, podemos afirmar que si se toma el prefijo «al» nos referimos al acceso, el aseguramiento de una vida de calidad para las personas mediante un derecho humano; y si tomamos los prefijos «de» y «del», nos referiremos a la gestión y protección; lo cual nos hace reflexionar que si bien puede tratarse de cuestiones diferentes, su relación es sumamente estrecha, sobre todo si observamos que para la consecución de «al», se necesita asegurar una buena gestión y protección mediante «de», siendo a su vez una de sus finalidades alcanzar el «al».

dado cuenta del papel que los recursos hídricos jugarán en un futuro no muy lejano, por lo que se ha trabajado para mejorar, proteger y asegurar el preciado líquido. Para ello, los Estados deben asegurar una mejor disponibilidad, calidad, accesibilidad, así como también un mejor acceso a la información sobre la cultura del agua mediante la educación ambiental. Por supuesto que a los Estados también les concierne el aseguramiento de la protección del agua, para lo cual se han llevado a cabo diversas medidas internacionales.

5.2.2. Medidas internacionales para la defensa del agua (Conferencias, Foros, Cumbres...)

Frenar el deterioro ambiental ha sido una preocupación constante durante los últimos años a nivel internacional, y los recursos hídricos no han sido la excepción. El deterioro del agua es una de las mayores preocupaciones en el ámbito internacional, pero también problemas como la escasez, la falta de acceso, el saneamiento y la contaminación son temas que conciernen al mundo entero, pues nos enfrentamos a un problema que no conoce fronteras, por lo que es tarea de todos disminuirlo. Así pues, la protección del agua podemos encontrarla en distintas acciones y documentos internacionales; en este sentido podemos mencionar la primera *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua*, celebrada en Mar del Plata, Argentina en 1977, en la que el principal resultado fue el “Plan de Acción de Mar del Plata”, con el propósito de “resolver los problemas hídricos que enfrenta la comunidad internacional, además de resoluciones específicas sobre la función del agua para combatir la desertificación y el manejo de las pérdidas ocasionadas por las sequías”⁶⁶⁷. Además, otro resultado positivo que se obtuvo de dicha Conferencia fue una Declaración mediante la cual se lanzó la “Década Internacional del Agua y el Saneamiento Ambiental (1981 – 1990)” con el

⁶⁶⁷ DEL CASTILLO, Lilian, *Los foros del agua. De Mar del Plata a Estambul 1977-2009*, Ed. Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 2009, p. 27; MITRE GUERRA, Eduardo José, *El Derecho al agua. Naturaleza jurídica y protección legal...*, ob. cit., p.p. 87-88; SALINAS ALCEGA, Sergio, “El derecho al agua como Derecho humano. Contenido normativo y obligaciones de los Estados”, en *El Derecho al agua*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 90; PETRELLA, Ricardo, *El manifiesto del agua*, Ed. Intermón Oxfam/Icaria, Barcelona, 2002, p. 40.

slogan “Agua y Saneamiento para todos”⁶⁶⁸. Esta conferencia es considerada el punto de partida para la política mundial del agua, porque allí se acordó la siguiente declaración: “Todos los pueblos, cualquiera que sea su nivel de desarrollo y su situación social y económica, tienen el derecho de acceder al agua potable en las cantidades y calidad correspondientes a sus necesidades básicas”⁶⁶⁹. Desde entonces, la ONU ha emitido numerosos documentos en donde se ha reiterado la necesidad de garantizar el acceso al agua potable limpia⁶⁷⁰. En este sentido, la ONU ha trabajado a través de programas creados por dicho organismo como el *UN-WATER*⁶⁷¹, establecido en el año 2003 por el Comité de Alto Nivel sobre Programas de Naciones Unidas. Una de las actividades más importantes que ha llevado a cabo este programa es el lanzamiento de un nuevo decenio, el cual se denomina *Decenio Internacional para la Acción “El agua fuente de vida, 2005-2015”*, en donde se trabaja mediante cuatro programas: 1. Programa mundial

⁶⁶⁸ Se considera el antecedente del Decenio Internacional para la Acción “El agua fuente de vida, 2005-2015”, y fue emitida mediante el Doc. A/RES/35/18, de 10 de noviembre de 1980. Como resultado del Decenio, y a fin de dar continuidad al programa, tuvo lugar en Nueva Delhi, del 10 al 14 de septiembre de 1990, la “Consulta mundial sobre el agua potable y el saneamiento para el decenio de 1990”. La Consulta fue organizada por el PNUD y copatrocinada por el Comité Directivo del Decenio Internacional del Agua Potable y el Saneamiento Ambiental y por el Consejo de Colaboración en materia de Suministro de Agua y Saneamiento, establecido para ese fin antes de la Consulta. El lema de la Consulta fue “Compartir el agua en forma más equitativa” y para enfatizarlo se aprobó la Declaración de Nueva Delhi sobre “Medio ambiente y salud”. DEL CASTILLO, Lilian, *Los foros del agua...*, ob. cit., p. 60; PETRELLA, Ricardo, *El manifiesto del agua...*, ob. cit., p. 41.

⁶⁶⁹ “A pesar de este reconocimiento temprano del derecho al agua por parte de la comunidad internacional, los acontecimientos posteriores demuestran que se ha pasado de un enfoque basado en derechos a una solución de la crisis basada en el libre mercado. El agua es un gran negocio; el Banco Mundial estima el valor total de las empresas del sector de agua en todo el mundo en 800.000 millones de dólares anuales. Su propia cartera de proyectos de privatización aumentó de 8 entre 1984 y 1990 a 97 entre 1990 y 1997”. LIU, Julian, “Issue focus: the human right to water”..., ob. cit., p. 1.

⁶⁷⁰ SOCIAL WATCH, “El agua necesita la protección del derecho internacional”, en *Rugidos y murmullos. Género y pobreza: más promesas que acciones*, Montevideo, informe anual 2005, p. 25.

⁶⁷¹ DEL CASTILLO, Lilian, *Los foros del agua...*, ob. cit., p. 70. El Comité de Alto Nivel sobre Programas de Naciones Unidas, en su reunión precedida el 18 y el 19 de septiembre de 2003, estableció “UN-WATER como un mecanismo interinstitucional para darle seguimiento a las decisiones sobre el agua hechas en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible y los temas sobre agua de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, además se le requirió a UN-WATER preparar sus términos de referencia y modalidades de trabajo, incluyendo los acuerdos para aumentar la participación de instituciones no miembros de las Naciones Unidas dentro del programa de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, teniendo en cuenta los principios guía y funciones establecidos por el Comité de Alto Nivel sobre Programas”, (véase: <http://www.unwater.org/downloads/UNW-terms-of-reference.pdf>); también puede encontrarse información sobre el programa en <http://www.unwater.org/>

de evaluación de los recursos hídricos (WWAP); 2. Programa conjunto OMS/UNICEF de monitoreo del abastecimiento de agua y saneamiento (JMP); 3. Programa de ONU-Agua para el desarrollo de la capacidad en el marco del Decenio (UNW-DPC); 4. Programa de ONU-Agua sobre fomento y comunicación en el marco del Decenio (UNW-DPAC)⁶⁷².

Es importante destacar que uno de los instrumentos internacionales más relevantes es la *Convención de Nueva York sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación*, adoptada mediante Resolución 229 (LI) de 21 de mayo de 1997, de la Asamblea General de Naciones Unidas. Esta Convención se encarga de establecer los derechos y las obligaciones de los países con relación a la protección y el desarrollo de las cuencas hidrográficas internacionales, proponiendo procedimientos para la resolución de disputas, consultas, negociaciones e intercambio de datos, imponiendo el deber de prevención, reducción y control de la contaminación, regulando el principio de uso equitativo y razonable de recursos hídricos y demandando la adopción de medidas apropiadas para prevenir daños sensibles a otros Estados, proteger los ecosistemas de cursos de agua internacionales y manejarlos y explorarlos de manera sostenible. También otro de los instrumentos de suma importancia es la *Convención de Helsinki sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales*, adoptada el 17 de marzo de 1992⁶⁷³.

Otra relevante aportación internacional es la *Declaración de Dublín sobre Agua y Desarrollo Sostenible*, originada a partir de la *Conferencia Internacional sobre Agua y Medio Ambiente de 1992*, celebrada poco antes de la Primera Conferencia Mundial sobre Desarrollo Sustentable en Río. Esta Declaración se basa en 4 principios

⁶⁷² El Decenio fue aprobado mediante Resolución 58/217 aprobada por la Asamblea General de UN en la 78ª sesión plenaria, de 23 de diciembre de 2003, Doc. A/RES/58/217. Véanse MITRE GUERRA, Eduardo José, *El Derecho al agua. Naturaleza jurídica y protección legal...*, ob. cit., p. 93; SALINAS ALCEGA, Sergio, “El derecho al agua como Derecho humano. Contenido normativo y obligaciones de los Estados”..., ob. cit., p. 89; ADEEL Zafar, “UN-Water: United Nation’s response to the global water crisis”, en *Revista Ingeniería y territorio*, N° 91, 2010, p.p. 6-7.

⁶⁷³ MITRE GUERRA, Eduardo José, *El Derecho al agua. Naturaleza jurídica y protección legal...*, ob. cit., p. 81.

rectores⁶⁷⁴, siendo lo más destacable que reconoce el acceso al agua como un derecho y asimismo declara que el agua debe reconocerse como un bien económico⁶⁷⁵. También puede resaltarse la *Conferencia Internacional sobre Agua Dulce de Bonn de 2001*, siendo su tema central “el agua como clave del desarrollo sostenible”, en donde se observa que el uso equitativo y sostenible, así como la protección de los recursos hídricos mundiales, constituyen un gran reto para los Estados, sobre todo si se quiere combatir la pobreza⁶⁷⁶.

Asimismo, dentro de distintas Conferencias, Convenciones y Programas que no son específicamente sobre aguas, los recursos hídricos son abordados de alguna manera, como por ejemplo, dentro de la *Declaración de Estocolmo de 1972*, en su Principio 2, en donde hace referencia a los “recursos naturales de la Tierra” e incluye al agua para “...preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una

⁶⁷⁴ *Principio No. 1.* El agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente. Dado que el agua es indispensable para la vida, la gestión eficaz de los recursos hídricos requiere un enfoque integrado que concilie el desarrollo económico y social y la protección de los ecosistemas naturales. La gestión eficaz establece una relación entre el uso del suelo y el aprovechamiento del agua en la totalidad de una cuenca hidrológica o un acuífero. *Principio No. 2.* El aprovechamiento y la gestión del agua debe inspirarse en un planteamiento basado en la participación de los usuarios, los planificadores y los responsables de las decisiones a todos los niveles. El planteamiento basado en la participación implica que los responsables de las políticas y el público en general cobren mayor conciencia de la importancia del agua. Este planteamiento entraña que las decisiones habrán de adoptarse al nivel más elemental apropiado, con la realización de consultas públicas y la participación de los usuarios en la planificación y ejecución de los proyectos sobre el agua. *Principio No. 3.* La mujer desempeña un papel fundamental en el abastecimiento, la gestión y la protección del agua. Este papel primordial de la mujer como proveedora y consumidora de agua y conservadora del medio ambiente viviente rara vez se ha reflejado en disposiciones institucionales para el aprovechamiento y la gestión de los recursos hídricos. La aceptación y ejecución de este principio exige políticas efectivas que aborden las necesidades de la mujer y la preparen y doten de la capacidad de participar, en todos los niveles, en programas de recursos hídricos, incluida la adopción de decisiones y la ejecución, por los medios que ellas determinen. *Principio No. 4.* El agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos en competencia a los que se destina y debería reconocérsele como un bien económico. En virtud de este principio, es esencial reconocer ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible. La ignorancia, en el pasado, del valor económico del agua ha conducido al derroche y a la utilización de este recurso con efectos perjudiciales para el medio ambiente. La gestión del agua, en su condición de bien económico, es un medio importante de conseguir un aprovechamiento eficaz y equitativo y de favorecer la conservación y protección de los recursos hídricos.

⁶⁷⁵ EMBID IRUJO, Antonio, “El Derecho al agua en el marco de la evolución del Derecho...”, ob. cit. p. 27; LIU, Julian, “Issue focus: the human right to water”..., ob. cit., p. 2.

⁶⁷⁶ MITRE GUERRA, Eduardo José, *El Derecho al agua. Naturaleza jurídica y protección legal...*, ob. cit., p. 89.

cuidadosa planificación u ordenación, según convenga”⁶⁷⁷. La *Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente de Río de Janeiro en 1992*, también rindió frutos para la protección hídrica, dentro de la Agenda 21 que se adoptó en la Conferencia, en donde se dispuso en su capítulo 18 la “protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce: aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenación y el uso de los recursos de agua dulce”⁶⁷⁸. Además, después de la Conferencia la Asamblea General de las Naciones Unidas, dedicó jornadas a actividades relacionadas con la conservación y el desarrollo de los recursos hídricos. Es importante resaltar que en esta Conferencia se originó la idea de celebrar el Día Mundial del Agua, el cual se celebra todos los años el día 22 de Marzo, dándose mayor difusión para la concienciación, conservación y cuidado del agua⁶⁷⁹. En este sentido, y con el objetivo de crear una mayor conciencia las Naciones Unidas, declaró el año 2003 como el “*Año Internacional del Agua Dulce*”, impartiendo mayor información sobre la crisis por la que esta atravesando el líquido vital, y sobre los derechos al agua, generando acciones a nivel local, regional, nacional e internacional⁶⁸⁰.

De igual forma, conviene recordar otros instrumentos internacionales que no han nacido con la finalidad de proteger y/o garantizar el recurso hídrico⁶⁸¹, como la

⁶⁷⁷ Principio 2: “los recursos naturales de la tierra, incluidos, el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga”; MITRE GUERRA, Eduardo José, *El Derecho al agua. Naturaleza jurídica y protección legal*..., ob. cit., p. 85.

⁶⁷⁸ MITRE GUERRA, Eduardo José, *El Derecho al agua. Naturaleza jurídica y protección legal*..., ob. cit., p.p. 86-87.

⁶⁷⁹ SALINAS ALCEGA, Sergio, “El derecho al agua como Derecho humano...”, ob. cit., p. 90; MARTÍNEZ NIETO, Antonio, “El día mundial del agua”, en *Revista La Ley*, N° 7366, 2010, p.1; PETRELLA, Ricardo, *El manifiesto del agua*..., ob. cit., p. 41. Más información sobre el Día Mundial del Agua en: <http://www.unwater.org/worldwaterday/about.html>

⁶⁸⁰ LIU, Julian, “Issue focus: the human right to water”..., ob. cit., p. 2; Pueden consultarse las páginas: <http://www.un.org/spanish/events/water/page1.htm>; <http://www.un.org/events/water/brochure.htm>

⁶⁸¹ Con base en lo mencionado, debemos resaltar otros instrumentos que también han sido enfocados principalmente a otras materias, como la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979*, en la cual se protegen los derechos de la mujer, entre los cuales está incluido el derecho al agua y así lo establece en el artículo 14 párrafo 2, apartado h) “los Estados partes aseguran a las mujeres el derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de... el abastecimiento al agua”. También podemos mencionar la *Convención sobre los Derechos del Niño de 1989*, en donde el

*Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948*⁶⁸², en la cual se puede considerar el Derecho al agua como uno de los derechos de segunda generación o derechos económicos, sociales y culturales⁶⁸³. Su principal alusión al agua se encuentra en su artículo 25 párrafo 1º, que señala: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure..., la salud y el bienestar, y en especial alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”. Este artículo solo hace incidencia en el medioambiente de forma indirecta, ya que la salud va de la mano de la protección de los recursos naturales, pero también se alude al “derecho

derecho a la salud y al agua limpia se hacen uno solo en el artículo 24 de esta Convención, declarando que “...el derecho del niño al disfrute del mas alto nivel posible de salud...”, “Los Estados partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y en particular, adoptaran las medidas apropiadas para: ...c) combatir las enfermedades y la malnutrición a través de... el suministro de alimentos adecuados y agua potable, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente”. LOPERENA ROTA, Demetrio, “El agua como Derecho humano”, en *Nuevo Derecho de aguas*, Ed. Thomson-Cívitas, Navarra, 2007, p. 84.

⁶⁸² El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de Naciones Unidas, aprobó por 40 votos a favor, 0 en contra y 8 abstenciones la Declaración Universal de Derechos Humanos. Los derechos que emanan de la Declaración se entiende que “brotan de la misma naturaleza humana y que, por tanto, son anteriores y superiores a cualquier legislación positiva, si bien para poder ser reclamados ante los tribunales de justicia, deben ser explicitados y garantizados por las leyes”. Además, estos derechos son: universales (válidos para todos los seres humanos, sin excepción alguna), inviolables (no se puede privar a nadie de ellos), inalienables (no se puede renunciar a su titularidad, aunque sí a su ejercicio). INGENIERÍA SIN FRONTERAS/PROSALUS, *Derecho al agua...*, ob. cit., p. 11; para más información acerca de la Declaración Universal de Derechos Humanos: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

⁶⁸³ La Declaración Universal de Derecho Humanos recoge en su artículo 22 que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. Mediante la reflexión jurídica de los Derechos humanos, hace que se consideren tres generaciones de derechos: Los derechos de primera generación “son los derechos civiles y políticos (libertades), que se reivindicaron al menos desde el siglo XVIII. Se trata de derechos que cualquier persona puede exigir, tanto de otras personas como del propio Estado. Nos referimos, por ejemplo, al respeto de la libertad de pensamiento, de expresión, de credo, de libre circulación, de asociación...”. Los derechos de segunda generación, “empezaron a ser reivindicados a finales del XIX (por ejemplo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 o en la Constitución de Weimar de 1919), son los derechos económicos, sociales y culturales que, a diferencia de los de primera generación, que sólo requieren que una sociedad determinada no interfiera en el derecho de cada individuo, exigen disponer de cuantiosos medios económicos para garantizarlos y, en consecuencia, sólo podrán satisfacerse gradualmente de acuerdo al momento histórico y a las posibilidades de cada Estado (derecho a la educación, a la salud, a la alimentación, a la vivienda, al trabajo...).”. Los derechos de tercera generación “son aquellos cuyo titular no es la persona humana individual, sino como colectivo: comunidades, pueblos, la humanidad (derecho al desarrollo, a un medio ambiente sano, a la paz, a la identidad cultural, a la autodeterminación...).”. INGENIERÍA SIN FRONTERAS/PROSALUS, *Derecho al agua...*, ob. cit., p.p. 11-12.

a un nivel de vida adecuado”. El valor de la Declaración es más ético que jurídico, por lo que se decidió elaborar una serie de acuerdos con carácter vinculante para todos aquellos Estados que la firmaran. Es por ello que en 1966 se aprueba por la *Asamblea General de Naciones Unidas el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales*, que tampoco menciona explícitamente al agua, pero dentro del mismo, en su artículo 11 párrafo 1º, hace alusión a una vida adecuada y a la salud, en donde evoca que “los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el *derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado...*, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados...”. Asimismo, en el artículo 12 párrafo 1 y 2 c, se establece que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del mas alto nivel posible de salud física y mental”, “entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figuraran las necesarias para, la prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas...”⁶⁸⁴. De igual forma, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en su 29ª sesión, en el año 2002, emitió la *Observación General N° 15*⁶⁸⁵, en la cual se concibió el

⁶⁸⁴ INGENIERÍA SIN FRONTERAS/PROSALUS, *Derecho al agua...*, ob. cit., p.p. 12-17.

⁶⁸⁵ Para la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que depende del Consejo Económico y Social, ha emitido una serie de Observaciones generales, que “constituyen interpretaciones autorizadas del pacto en las que se detalla cuál debe ser su correcta interpretación y los diferentes derechos que contiene”. Además de la Observación general N° 15, que sin duda es la más importante, se han emitido otras con relación al agua, como la Observación General N° 12, la cual “desarrolla el derecho a una alimentación adecuada. El Comité se refiere a ella en varios aspectos relacionados con el derecho al agua. De hecho, el relator especial de Naciones Unidas para el derecho a la alimentación, en uno de sus informes, explica que el agua potable es parte de la alimentación adecuada y, por tanto, se le puede aplicar todo lo comentado en la Observación general”. También la Observación General N° 14, la cual desarrolla el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que se encuentra en el artículo 12 del Pacto, y en el apartado 11 de la Observación se menciona que “el Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional”, por lo que indudablemente se considera el tema de la salud estrechamente ligado con el agua (INGENIERÍA SIN FRONTERAS/PROSALUS, *Derecho al agua...*, ob. cit., p.p. 18-19); NACIONES UNIDAS, “Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales...”, ob. cit., p. 10.

fundamento jurídico del Derecho humano al agua, su contenido normativo y las obligaciones de los Estados parte, analizando los artículos 11 y 12 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales*⁶⁸⁶; sin duda, un instrumento de suma importancia para considerar al agua como un derecho fundamental de todos los seres humanos, y es que el Comité declaró que "el derecho humano al agua es indispensable para una vida digna. Es una condición necesaria para lograr la efectividad de todos los demás derechos". Es por ello que las Organizaciones internacionales y las no gubernamentales recibieron con gran aceptación dicha Observación⁶⁸⁷.

Otro instrumento que ha impulsado la protección del agua fue la *Cumbre Mundial de Johannesburgo sobre Desarrollo Sustentable de 2002*, en donde se impulsó el *Plan de Implementación de la Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible*⁶⁸⁸. Este Plan cuenta con una serie de medidas para combatir las mayores preocupaciones que se plantearon, como la erradicación de la pobreza, el cambio de los modelos no sostenibles de consumo y producción, la protección y el manejo de los recursos naturales, que deberá estar basado en el desarrollo social y económico, desarrollo sostenible y globalización, y salud. Se adaptó el plan para cada una de las regiones y continentes. El agua se incluye dentro del Capítulo IV, titulado "la protección y el manejo de los recursos naturales, base del desarrollo social y económico". Además, este Plan contiene un *Programa de Acción* para alcanzar los *Objetivos de Desarrollo del Milenio*, y en particular uno: reducir a la mitad el número de personas sin acceso a agua potable segura para 2015⁶⁸⁹. En efecto, es de importancia mencionar los *Objetivos de*

⁶⁸⁶ NACIONES UNIDAS, "Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de Derechos Humanos", en *Revista Instrumentos internacionales de Derechos Humanos*, Ottawa, número 7, Human Rights Internet, 2004, p. 117.

⁶⁸⁷ EMBID IRUJO, Antonio, "El Derecho al agua en el marco de la evolución del Derecho...", ob. cit., p.p. 20-22; INGENIERÍA SIN FRONTERAS/PROSALUS, *Derecho al agua...*, ob. cit., p. 17; LIU, Julian, "Issue focus: the human right to water"..., ob. cit., p. 1; NACIONES UNIDAS, "Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales...", ob. cit., p.p. 9-15; LOPERENA ROTA, Demetrio, "El agua como Derecho humano"..., ob. cit., p. 83; MITRE GUERRA, Eduardo José, *El Derecho al agua. Naturaleza jurídica y protección legal...*, ob. cit., p.p. 250-257.

⁶⁸⁸ SALINAS ALCEGA, Sergio, "El derecho al agua como Derecho humano...", ob. cit., p. 90.

⁶⁸⁹ DEL CASTILLO, Lilian, *Los foros del agua...*, ob. cit., p. 68.

Desarrollo del Milenio, MDG's por sus siglas en inglés (*Millennium Development Goals*), que constituyen una serie de metas relacionadas con los retos que el mundo enfrenta. Se encuentran divididos en 8 Objetivos y están previstos que se cumplan para el año 2015⁶⁹⁰. Los ODM fueron aprobados en la *Cumbre del Milenio*, celebrada del 6 al 8 de septiembre de 2000 en Nueva York, con la participación de 191 países (siendo 189 Estados Miembros en ese entonces), incluyendo a 147 jefes de Estado y de gobierno⁶⁹¹. Dentro de los Objetivos acordados destaca el número 7, el cual se refiere a “garantizar la sustentabilidad del medioambiente”, y es que dentro de sus diversas metas para proteger el ambiente, se impulsa la reducción a la mitad el porcentaje de personas que carecen de acceso al agua potable y a servicios de saneamiento para el año 2015⁶⁹². También se busca impulsar el tratamiento y eliminación de aguas residuales, para mejorar los ecosistemas y contribuir con la preservación de los recursos hídricos, sobre todo en donde son escasos⁶⁹³.

Los ODM son muy importantes para el desarrollo de los países y en muchos casos sí han sido llevados a la práctica. Por ejemplo, hasta ahora América Latina está a punto de cumplir los objetivos de agua antes de la fecha acordada, ya que el número de personas sin acceso al agua se redujo de 74 millones a 50 millones. No obstante, en las

⁶⁹⁰ Los 8 objetivos son: 1. Erradicar la pobreza extrema y el hambre; 2. Lograr la enseñanza primaria universal; 3. Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer; 4. Reducir la mortalidad infantil; 5. Mejorar la salud materna; 6. Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades; 7. Garantizar la sustentabilidad del medioambiente; 8. Fomentar la asociación mundial para el desarrollo. Véanse UNICEF/OMS, *Alcanzar los ODM en materia de agua potable y saneamiento. Meta. Evaluación a mitad de periodo de los progresos realizados*, 2004, p. 7; NACIONES UNIDAS, *Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe 2005*, Nueva York, 2005, p. 4 y ss; CHANDAVARKAR Nikhil/CABALLERO Helena, “The Millenium Development Goals from the perspective of water”, en *Revista Ingeniería y territorio*, N° 91, 2010, p.p. 10-17.

⁶⁹¹ “Los objetivos acordados en esta Cumbre se conocen ahora como los Objetivos de Desarrollo del Milenio (los ODM) y proporcionan un marco para que todo el sistema de la ONU trabaje coherentemente y en conjunto hacia un fin común. El Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo ayudará a asegurar que los ODM permanezcan al centro de estos esfuerzos. En el terreno, en prácticamente todos los países en desarrollo, la ONU tiene una posición excepcional para impulsar el cambio, conectar a los países con el conocimiento y los recursos, y ayudar a coordinar esfuerzos más amplios en el nivel nacional”. Mayor información en la página web sobre el Centro de Información de Naciones Unidas: <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/ObjetivosDesarrollo/ODM.htm>

⁶⁹² PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2006...*, ob. cit., p. 55.

⁶⁹³ UNICEF/OMS, *Alcanzar los ODM en materia de agua potable y saneamiento...*, ob. cit., p. 7.

áreas urbanas se cubren las necesidades de agua en un 96 por ciento y en las áreas rurales en un 73 por ciento⁶⁹⁴. Y es que mientras que países como Chile, Guatemala, Ecuador y México han alcanzado las metas en agua en zonas urbanas, el 95 por ciento de la gente que no tiene acceso al agua vive en zonas rurales⁶⁹⁵.

Debemos apuntar que en los países en desarrollo, la proporción de población que usa fuentes seguras de agua potable ha aumentado del 71% en 1990 a un 79% en 2002, siendo Asia meridional la región que mostró más avances, sobre todo la India, donde viven más de 1, 000 millones de personas. También en el área de saneamiento la cobertura en los países en desarrollo aumentó, del 34% en 1990 al 49% en 2002⁶⁹⁶.

No obstante, aunque en 2015 se llegue a cumplir la meta sobre el agua, aún quedarían 800 millones de personas sin acceso a agua y 1, 800 millones sin servicios de saneamiento. Una de las razones es el crecimiento demográfico, por lo que los *Objetivos de Desarrollo del Milenio* quedarían siempre con cierto rezago⁶⁹⁷.

En definitiva, el agua en el ámbito internacional toma cada vez más fuerza y existe también un gran esfuerzo (aunque no es el suficiente) de los Gobiernos y las organizaciones internacionales para impulsar la difusión sobre el estado y el cuidado de los recursos hídricos. Un ejemplo de ello son los *Foros Mundiales del Agua*⁶⁹⁸, los

⁶⁹⁴ UNICEF, *Progress For Children. A report card on water and sanitation*, número 5, septiembre 2006, p.p. 5-6.

⁶⁹⁵ UNICEF, *Progress For Children, a report card on water and sanitation...*, ob. cit., p. 22.

⁶⁹⁶ NACIONES UNIDAS, *Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe 2005...*, ob. cit., p. 33.

⁶⁹⁷ PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2006...*, ob. cit., p. 56.

⁶⁹⁸ “En 1995 un grupo de expertos en agua vinculados a la Asociación Internacional de Recursos Hídricos (International Water Resources Association - IWRA) tuvo la iniciativa de crear una organización internacional integrada por especialistas, organizaciones no gubernamentales y gubernamentales, reuniendo los ámbitos público y privado, unidos por su interés en la adecuada utilización y preservación del agua dulce. Sería un Consejo de alcance Mundial dedicado al Agua (WWC). Adoptados sus Estatutos y establecido su Directorio, el Consejo se instaló en 1996 en Marsella, Francia, y decidió iniciar su actividad convocando un foro de expertos, autoridades gubernamentales locales y nacionales, organizaciones no gubernamentales y organizaciones internacionales con injerencia en temas del agua” (DEL CASTILLO, Lilian, *Los foros del agua...*, ob. cit., p.p. 70-71). “El preámbulo de la Constitución del Consejo Mundial del Agua afirma que una correcta gestión del agua contribuirá al mantenimiento de la paz y la seguridad así como a la cooperación y a las relaciones amistosas entre los estados. Igualmente, el agua puede y debe ser utilizado para promover avances económicos y sociales en todo el

cuales han sido impulsados por el *Consejo Mundial del Agua (World Water Council)*, siendo su objetivo el de despertar la conciencia sobre los asuntos del agua en todo el mundo, impulsando el Foro como el evento internacional más importante sobre este elemento. Se “busca propiciar la participación y diálogo de múltiples actores con el fin de influir en la elaboración de políticas a nivel global, asegurando un mejor nivel de vida para la humanidad en todo el mundo y un comportamiento social más responsable hacia los usos del agua, en congruencia con la meta de alcanzar un desarrollo sostenible”⁶⁹⁹. Actualmente, el Foro Mundial del Agua se ha convertido en el evento más importante en temas relacionados al agua. Desde 1997 se organiza cada 3 años en diferentes países del mundo y hasta el momento se han llevado a cabo 6 Foros⁷⁰⁰.

El 1º *Foro Mundial del Agua* fue celebrado del 21 al 23 de marzo de 1997 en Marruecos, para el cual el Consejo Mundial del Agua recibió el encargo de desarrollar una “Visión para el agua, la vida y el ambiente en el siglo XXI” de largo plazo, para presentarse en el siguiente Foro⁷⁰¹. En el 2º *Foro*, llevado a cabo en el año 2000, organizado en La Haya, Países Bajos, se discutieron los resultados del documento hecho para este foro “Visión para el agua, la vida y el ambiente en el siglo XXI”, que sirvió para tener una guía sobre la condición actual de los recursos hídricos mundiales y su futuro si no se actúa pronto. En este foro los gobiernos hicieron varios compromisos

planeta siguiendo los principios establecidos en la Carta de Naciones Unidas”; PERO-SANZ GONZÁLEZ, Daniel, “6a edición del Foro Mundial del Agua”, en *Documento Informativo*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, N°15, 2012, p. 3; PETRELLA, Ricardo, *El manifiesto del agua...*, ob. cit., p. 42. Puede encontrarse información sobre el Consejo Mundial del Agua en la página web: <http://www.worldwatercouncil.org/>

⁶⁹⁹ Véase <http://www.conagua.gob.mx/Contenido.aspx?n1=4&n2=42&n3=293>; COMISIÓN NACIONAL DEL AGUA (CONAGUA)/CONSEJO MUNDIAL DEL AGUA, *México 2006. IV Foro Mundial del Agua. Informe final*, México D.F., 2006, p. 159; disponible en <http://www.worldwaterforum4.org.mx/home/home.asp?lan=spa>

⁷⁰⁰ Aunque hay organizaciones como el Foro Alternativo Mundial del Agua que creen que las “recetas del FMA han fracasado, solo buscan el beneficio de las corporaciones transnacionales e impulsan el concepto del agua como mercancía”, por lo que denuncian “la ilegitimidad del FMA al ser organizado por las grandes corporaciones del agua, agrupadas en el World Water Council, y no por los Estados al amparo de las Naciones Unidas”, a lo que manifiestan que “un Foro legítimo sería aquel que ponga en el centro del debate la construcción de un acceso universal al agua bajo principios de eficacia social y ambiental y bajo control democrático” (INGENIERÍA SIN FRONTERAS/ECOLOGISTAS EN ACCIÓN, *El agua, como la vida, no es una mercancía*, Ed. Mundoprint, 2012, p. 4). Para mayor información sobre el Foro véase: <http://www.worldwaterforum6.org/en/>

⁷⁰¹ DEL CASTILLO, Lilian, *Los foros del agua...*, ob. cit., p. 71.

para tomar medidas y el Consejo Mundial del Agua se comprometió a cuidar el cumplimiento de la Visión. En este Foro se definió al agua como una “necesidad humana” y no como un “derecho humano”⁷⁰². El 3º Foro celebrado en marzo del 2003 se llevó a cabo en tres ciudades de Japón, Kyoto, Shiga y Osaka, reuniendo a 24 mil participantes y en paralelo al Foro se realizó una Conferencia Ministerial en la que asistieron 130 ministros. Para darle seguimiento a los compromisos pactados en el Foro anterior, se rindió un informe de las Acciones Mundiales del Agua, en el que se dio un inventario con más de 3 mil acciones locales relacionadas con el agua⁷⁰³. El 4º Foro celebrado en marzo del 2006, en México DF, fue organizado por la Comisión Nacional del Agua y por el Consejo Mundial del Agua. El tema central del Foro fueron las “Acciones locales para un reto global”, ya que los organizadores sabían que las acciones locales son claves para generar resultados concretos que permitan un acercamiento a los Objetivos de Desarrollo del Milenio, el plan de acción de la Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible y la Agenda 21⁷⁰⁴. El 5º Foro se realizó en marzo del 2009 en Estambul, Turquía, bajo el lema de “Construyendo puentes por el agua”, lo que expresa la necesidad de que los países desarrollados y en vías de desarrollo trabajen juntos en la solución de la crisis del agua. Además se abordaron los problemas de gestión de las aguas fronterizas, con el fin de conciliarlos⁷⁰⁵. El 6º Foro celebrado en Marsella, Francia, en marzo del 2012, bajo el lema “¡Es tiempo de soluciones!”, fue enmarcado dentro del Decenio Internacional para la Acción “El agua, fuente de vida” (2005-2015)⁷⁰⁶. En dicho Foro se establecieron 12 prioridades de acción para el agua, entre las cuales se destaca: “garantizar el derecho al agua, equilibrar los usos múltiples del agua por medio de la gestión integrada de recursos hídricos, así como mejorar la calidad de

⁷⁰² LIU, Julian, “Issue focus: the human right to water”..., ob. cit., p.2.

⁷⁰³ DEL CASTILLO, Lilian, *Los foros del agua...*, ob. cit., p. 71.

⁷⁰⁴ COMISIÓN NACIONAL DEL AGUA (CONAGUA)/CONSEJO MUNDIAL DEL AGUA, *México 2006...*, ob. cit., p.p. 13 y ss.

⁷⁰⁵ DEL CASTILLO, Lilian, *Los foros del agua...*, ob. cit., p. 71; véase <http://www.worldwaterforum5.org/>

⁷⁰⁶ INGENIERÍA SIN FRONTERAS/ECOLOGISTAS EN ACCIÓN, *El agua, como la vida, no es una mercancía*, Ed. Mundoprint, 2012, p. 4.

los recursos hídricos y de los ecosistemas”⁷⁰⁷. El 7º Foro tendrá lugar en Daegu-Gyeongbuk, Corea del Sur, en el año 2015⁷⁰⁸.

Por último, es importante destacar que la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 64/292, de 28 de julio de 2010⁷⁰⁹, ha reconocido que “el derecho al agua potable y al saneamiento es un Derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”, culminando así un largo proceso de reconocimiento en el ámbito internacional⁷¹⁰. También, en diciembre del mismo año, la Asamblea General de Naciones Unidas declaró el Año Internacional de la Cooperación en materia de agua 2013 (International Year of Water Cooperation), mediante la Resolución A/RES/65/154, para lo cual se celebrarán diversas actividades en el mundo a lo largo del año, en donde UN-WATER a través de UNESCO llevará a cabo la organización desde una visión multidisciplinar, desde varios sectores como las ciencias sociales y naturales, la educación, cultura y comunicación⁷¹¹.

5.3. Los recursos hídricos españoles

En España los recursos hídricos son considerablemente limitados, pues si bien no se puede calificar como un país seco, sus números no son nada alentadores, ya que cuenta con una disponibilidad promedio baja de agua, siendo los recursos hídricos per

⁷⁰⁷ PERO-SANZ GONZÁLEZ, Daniel, “6a edición del Foro Mundial del Agua”..., ob. cit., p. 4. Véase <http://www.solutionsforwater.org/>

⁷⁰⁸ Véase <http://www.worldwatercouncil.org/news/news-single/article/7th-world-water-forum-2015-to-be-hosted-by-daegu-geyongbuk-south-korea/>

⁷⁰⁹ Véase https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml

⁷¹⁰ Para MITRE GUERRA este documento lleva “a pensar en términos generales: primero, que la valoración jurídica del derecho al agua he alcanzado máxima expresividad, aunque no última, ni perfecta; segundo, viene a representar la consumación de un derecho humano; tercero, que este derecho ha adquirido el carácter de universal; y cuarto, que tal resolución presupone un mecanismo importante que en lo menos incidirá en el Derecho interno de los países, ello a pesar de que se trata de un instrumento jurídico no vinculante (*non legally binding*)” (MITRE GUERRA, Eduardo José, *El Derecho al agua. Naturaleza jurídica y protección legal*..., ob. cit., p.p. 97-98); MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “El agua como bien jurídico global: El Derecho humano al agua”, en *La protección de bienes jurídicos globales*, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, 2012, p. 194.

⁷¹¹ PERO-SANZ GONZÁLEZ, Daniel, “6a edición del Foro Mundial del Agua”..., ob. cit., p. 3, Puede consultarse la página web: <http://www.unwater.org/watercooperation2013.html>

cápita de 3, 000 m³. Además, la esorrentía media anual es de aproximadamente 111, 000 hectómetros cúbicos (hm³), que si se divide por la extensión territorial española (504, 750 Km) equivale a un valor de media anual de 220 mm, cifra inferior a la europea⁷¹² o mundial, que es de 300 mm. Esta cifra incluye la de la red fluvial, la cual es esorrentía superficial directa más el drenaje de los acuíferos (109, 000 hm³/año) y la esorrentía subterránea al mar (2, 000 hm³/año)⁷¹³. Cabe destacar que dentro del

⁷¹² “Las precipitaciones son el origen de todas las aguas dulces; en Europa, sin embargo, están desigualmente repartidas, siendo más copiosas en la parte occidental y en las regiones montañosas. La esorrentía media anual de lluvia varía desde más de 3 000 mm en el oeste de Noruega a menos de 25 mm en el sur y centro de España, siendo aproximadamente de 100 mm en grandes zonas del este de Europa. Los cambios climáticos están afectando a los patrones de precipitaciones en Europa. En algunas zonas de los países septentrionales se ha producido entre 1946 y 1999 un aumento de las precipitaciones anuales superior al 9 % por década. En cambio, en zonas del sur y el centro de Europa se observa una tendencia a la baja. La mayoría de las previsiones climáticas apuntan hacia un incremento de los niveles de precipitaciones para la Europa central y septentrional y a un descenso de los mismos para la Europa meridional. Los índices ascendentes se explican básicamente por el aumento de las precipitaciones durante la temporada invernal, mientras en la Europa meridional se padecen más sequías estivales. En términos absolutos, el total de recursos hídricos renovables en Europa es de cerca de 3 500 km³/año. Doce países disponen de menos de 4 000 m³/cápita/año, mientras que los países septentrionales tienen, junto con Bulgaria, el mayor volumen de recursos hídricos per cápita. El aporte de agua desde cuencas transfronterizas puede proporcionar una parte importante de recursos hídricos a ciertos países. La extracción total de agua en Europa es de cerca de 353 km³/año, lo que significa una extracción del 10 % de todos los recursos hídricos europeos. El índice de explotación hídrica (IEH) de un país es la extracción total de agua dulce media por año dividida por el promedio de recursos hídricos a largo plazo. Permite hacerse una idea sobre la presión que ejerce la demanda total de agua sobre los recursos hídricos. El IEH identifica a aquellos países cuya demanda es alta en relación con sus recursos, y son por lo tanto proclives a padecer estrés hídrico. Ahora bien, hay que tener en cuenta que se trata de un indicador del estrés hídrico medio en un país, y por tanto puede encubrir considerables diferencias entre las distintas regiones del mismo. Un total de 20 países (el 50 % de la población europea) puede considerarse libre del problema, fundamentalmente los países del centro y el norte de Europa. Nueve países pueden considerarse con un estrés hídrico moderado (el 32 % de la población europea): Rumania, Bélgica y Dinamarca, así como algunos países meridionales (Grecia, Turquía y Portugal). Por último, cuatro países (Chipre, Malta, Italia y España) padecen de estrés hídrico (el 18 % de la población en la región de estudio). El estrés hídrico puede llevar en estos países a la sobreexplotación de las aguas subterráneas, con el consiguiente descenso de la capa freática y la intrusión salina en los acuíferos costeros”. (AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, *El agua en Europa: una evaluación basada en indicadores. Resumen*, Copenhague, 2003, p.p. 20-21); también véanse COMISIÓN EUROPEA, *El agua es la vida: La Directiva Marco sobre Aguas contribuye a proteger los recursos de Europa*, Unión Europea, Luxemburgo, 2011, p.p. 8-9; COMISIÓN EUROPEA, *Hacia una gestión sostenible y estratégica de los recursos hídricos*, Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2000, p.p. 72-93.

⁷¹³ BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua a través del Derecho penal...*, ob. cit., p. 48; GALLEGU ANABITARTE, Alfredo/MENÉNDEZ REXACH, Ángel/DÍAZ LEMA, José Manuel, *El Derecho de aguas en España*, Vol. II, Ed. Ministerio de obras públicas y urbanismo, Madrid, 1986, p. 9; ESTÉVEZ ESTÉVEZ, Raúl/LEÓN LACAL, Alejandro, *Introducción a la legislación medioambiental*, Ed. Mandala, Madrid, 2003, p.p. 87 y ss; MINISTERIO DE

contexto europeo, España puede ser considerada como el país comunitario más árido, con una precipitación que equivale al 85% de la media de la Unión Europea y una evapotranspiración potencial de las más altas del continente, lo cual da lugar a la menor escorrentía de todos los países considerados⁷¹⁴.

El agua en España se distribuye muy inequitativamente en el territorio, y es que justamente la regulación de cualquier país estará condicionada por las características geográficas y físicas de su territorio⁷¹⁵. En efecto, la cantidad media de la escorrentía tiene una distribución bastante desigual en el territorio, siendo los territorios con mayor abundancia de agua los de la Cornisa Cantábrica, con más de 700 mm/año. Ninguna de las otras cuencas superan los 250 mm por año, siendo la cuenca del Segura la de menor escorrentía de España con menos de 50 mm por año⁷¹⁶. Para una mejor gestión los

MEDIO AMBIENTE, *Libro blanco del agua. Documento de síntesis*, Madrid, 1998, p. 6; COMISIÓN EUROPEA, *Hacia una gestión sostenible y estratégica...*, ob. cit., p. 97.

⁷¹⁴ DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia, *La administración hidráulica española e iberoamericana*, Ed. Instituto Euromediterráneo del agua, Murcia, 2008, p. 50; MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, *Libro blanco del agua. Documento de síntesis...*, ob. cit., p. 7.

⁷¹⁵ MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *Derecho de aguas*, Ed. Cívitas, Madrid, 1997, p.27. “En definitiva, el sistema hidrográfico español presenta, numerosas peculiaridades y fuertes contrastes. La variedad de regímenes de escorrentía es causa de dificultades de estudio y escasez de reglas generales de comportamiento hidrológico, pero también lo es de una gran diversidad y riqueza fluvial, ambiental y paisajística” (OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA, *Agua y sostenibilidad: Funcionalidad de las cuencas*, 2008, p. 34).

⁷¹⁶ DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia, *La administración hidráulica española...*, ob. cit., p. 49. La distribución de los recursos hídricos en España se puede reflejar a la par con la orografía que tiene el país ibérico, sus cordilleras principales se presentan en una dirección que sigue los paralelos, al igual que los mayores ríos españoles, que también discurren en la misma dirección. “Los ríos Duero, Tajo y Guadiana se asientan sobre la Meseta, cerrada por las cordilleras Cantábrica e Ibérica y por Sierra Morena, y encuentran su salida hacia el mar en su parte más occidental, en la linde con Portugal. Además, los dos grandes valles exteriores –Ebro y Guadalquivir– siguen dicha pauta de dirección predominante, abrazando a la Meseta. La excepción a este patrón de orientación de los grandes ríos se produce en aquéllos que, como los correspondientes a la vertiente cantábrica y al sur peninsular, nacen en cordilleras cercanas al mar, siguiendo la dirección de los meridianos. La cordillera Costera Catalana, la terminación de la Ibérica hacia el Mediterráneo, y las cordilleras Béticas, todas ellas próximas al litoral, dan lugar a cuencas relativamente pequeñas, con la excepción de las correspondientes a ríos que presentan una acción remontante muy activa. Estos son los casos de invasores fluviales como el Llobregat, que ha ido capturando cuencas pertenecientes originalmente al Ebro, del Júcar, cuya cabecera se localiza muy próxima al nacimiento del Tajo en los Montes Universales, o del Segura, cuyo nacimiento se adentra en el sistema Bético. Los cauces insulares de Baleares y Canarias se caracterizan por su carácter intermitente y sus fuertes pendientes. En los primeros, la presencia de abundantes zonas kársticas hace que gran parte de las aguas se infiltre antes de llegar a los cursos bajos y aparezca posteriormente en la surgencia de manantiales. En los segundos, las fuertes pendientes de los barrancos y la histórica abundancia de captaciones

recursos hídricos se dividen en cuencas hidrográficas, que son⁷¹⁷: Ebro, Norte I, Norte II, Norte III, Duero, Galicia Costa, Tajo, Guadalquivir, Guadiana I, Guadiana II, Júcar, Cuencas Internas de Cataluña, Sur, Segura, Baleares y Canarias. Pero debemos apuntar que la distribución de los recursos la podemos identificar en tres sectores hidrográficos dentro de la península: el sector septentrional y noroccidental, el sector central y el sector mediterráneo⁷¹⁸.

El *sector septentrional y noroccidental* se conforma por Galicia y las regiones cántabro-pirineicas, y se singulariza por tener una gran riqueza de agua, en niveles que se mantienen relativamente constantes⁷¹⁹.

El *sector central* se integra por grandes cuencas hidrográficas interiores, recibe lluvias moderadas de los sistemas montañosos adyacentes, con un incremento de aridez

subterráneas, conducen a la práctica ausencia de corrientes superficiales. Una de las zonas donde existe mayor número de complejos laguneros es la cuenca alta del Guadiana, la denominada Mancha Húmeda, y en especial las áreas comprendidas a lo largo de las cuencas de los ríos Záncara y Gígüela. Esta zona se podría extender, en lo que al fenómeno de endorreísmo se refiere, a la llanura manchega oriental, en la cuenca del Júcar, y a las áreas más septentrionales de la cuenca del Segura, lindando con la del Júcar (áreas de Tecla, Corral Rubio y Pozohondo). La topografía en toda esta zona se configura mediante cauces efímeros que vierten sus aguas a planicies encharcadizas, lagunas y zonas pantanosas. En la cuenca del Ebro, concretamente en la margen izquierda del río Jiloca, se encuentra la laguna de mayor extensión en España, la de Gallocanta. Otras zonas de destacado comportamiento endorréico son las de Santillana del Mar en Cantabria, Ruesga entre los ríos Asón y Miera en el ámbito territorial Norte II, Osuna en el Guadalquivir, o las de Fuente de piedra y Zafarraya en el Sur” (OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA, *Agua y sostenibilidad...*, ob. cit., p.p. 32-34).

⁷¹⁷ El TRLA entiende por cuenca hidrográfica en su artículo 16: “la superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y eventualmente lagos hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta. La cuenca hidrográfica como unidad de gestión del recurso se considera indivisible”. Para EMBID IRUJO, el concepto de cuenca puede variar dependiendo de las condiciones geográficas de cada país, y es que según dicho autor “las realidades de otros países permite constata que la cuenca así definida, como unidad de gestión es una rara avis y que, al contrario, es dable encontrar también la utilización de otros conceptos que son, más bien, las que pueden tomarse como referencia de gestión en muchos países”, como las subcuencas. EMBID IRUJO, Antonio, “Informe de España”, en *Gestión del Agua y Descentralización Política*, Ed. Thomson-Reuters, Madrid, 2009, p. 269.

⁷¹⁸ MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, *Evaluación ambiental estratégica del plan hidrológico nacional. Documento de síntesis*, Madrid, 2001, p. 12.

⁷¹⁹ MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, *Evaluación ambiental estratégica del plan hidrológico nacional. Documento de síntesis...*, ob. cit., p. 12.

en las áreas más continentales (Cuenca media del Ebro, Cuenca baja del Duero, etc.). Este sector se encuentra condicionado por los sistemas montañosos, en donde se puede destacar el sistema Cantábrico (Cuenca del Duero) y Pirineos (Cuenca del Ebro), los cuales se caracterizan por ser los principales productores de recursos hídricos en la península⁷²⁰.

El sector *mediterráneo* está formado por las cuencas pequeñas y medianas que poseen vertientes a este mar. Se caracteriza por poseer precipitaciones modestas e irregulares debido a su localización, por lo que tiene prolongados periodos de sequía. La escasez se incrementa hacia el sur, con niveles máximos en zonas como Murcia y Almería⁷²¹.

El agua que se abastece en España se compone principalmente por tres tipos de uso: urbano, industrial y agrícola. El primero de ellos abastece el consumo doméstico y otras necesidades, consumiendo alrededor de 4, 700 hm³/año, algo más del 15% de la demanda de consumo. El sector industrial (sin contar el consumo por lo abastecido en la red urbana, ni los destinados para producción eléctrica) consume 1, 700 hm³/año, aproximadamente el 5% del consumo. El sector agrícola es el que más consume agua, mantiene una demanda por encima de los 24, 000 hm³/año, lo que significa casi un 80% del consumo⁷²².

En las aguas subterráneas se explotan alrededor de unos 5, 500 hm³/año; con ello se logra abastecer el 30% de la demanda para usos urbanos e industriales, y el 27% para el riego. Las aguas subterráneas de las cuencas Júcar y Guadiana son las de mayor utilización. En este ámbito también la explotación y la recarga tienen disparidades, en donde las extracciones son mayores a la recarga natural, como las del Sur, Segura, Júcar, Cuencas Internas de Cataluña y las Islas, en las que la relación entre el bombeo y la recarga alcanza valores elevados entre el 50 y el 80%. En otras Cuencas la utilización

⁷²⁰ MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, *Evaluación ambiental estratégica del plan hidrológico nacional. Documento de síntesis...*, ob. cit., p. 12.

⁷²¹ MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, *Evaluación ambiental estratégica del plan hidrológico nacional. Documento de síntesis...*, ob. cit., p.p. 12-13.

⁷²² MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, *Evaluación ambiental estratégica del plan hidrológico nacional. Documento de síntesis...*, ob. cit., p.p. 16-19.

de las aguas subterráneas no es tan elevada, como en el Duero, Ebro o Guadalquivir⁷²³.

Según las estimaciones hechas por la Organización de Naciones Unidas para la Agricultura (FAO por sus siglas en inglés), las cuales han sido retomadas por la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO por sus siglas en inglés), la disponibilidad de los recursos hídricos en España son los siguientes:

Población	Tasa de precipitación (mm/año)	Volumen TARHR 2005 (Km2/año)	TARHR per cápita 2000 (m3/año)	TARHR per cápita 2005 (m3/año)	Aguas superficiales % TARHR	Aguas subterráneas % TARHR	Superposición % TARHR	Aguas entrantes % TARHR	Aguas salientes % TARHR	Uso total % TARHR
41, 128	600	112	2, 794	2, 710	98%	27%	25%	0%	31%	32%

*Información sobre la disponibilidad de agua (AQUASTAT, FAO 2005)⁷²⁴.

5.3.1. Calidad del agua en España

La calidad del agua en España tampoco es la más ideal y de hecho se podría calificar como deficiente, sobre todo si se tienen en cuenta las aspiraciones de la legislación nacional, así como la Directiva Marco de Agua (DMA). Sólo el 11% de las aguas superficiales y el 16% de las aguas subterráneas poseen las condiciones necesarias para cumplir los objetivos que la DMA impone⁷²⁵. Además, el 33% de los cauces de agua de España se encuentran seriamente afectados por la contaminación⁷²⁶.

⁷²³ “El aprovechamiento de las aguas subterráneas lleva asociado un descenso en los niveles de los acuíferos y en los caudales de los ríos o manantiales a los que drenan. Si los acuíferos son pequeños este efecto puede apreciarse transcurridos algunos meses. En el caso de acuíferos grandes, en los que la inercia es mayor, el efecto puede tardar años en manifestarse”. MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, *Libro blanco del agua. Documento de síntesis...*, ob. cit., p. 7.

⁷²⁴ TARHR es el Total Actual de Recursos Hídricos Renovables, “refleja los recursos hídricos en teoría disponibles para el desarrollo procedentes de todas las fuentes dentro de cada país. Su volumen estimado se expresa en km3/año. Esta cifra se divide entre la población de cada país y se convierte en m3/año, expresándose así en un volumen per cápita que permite obtener una evaluación relativa de los recursos de los que disponen sus habitantes”. La superposición es el agua compartida por aguas superficiales y subterráneas. Véase UNESCO, *El agua. Una responsabilidad compartida. 2º informe...*, ob. cit., p.p. 131-136.

⁷²⁵ MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, *Libro blanco del agua. Documento de síntesis...*, ob. cit., p. 9; GREENPEACE, *Agua. La calidad de las aguas en España...*, ob. cit., p. 129;

Las diversas actividades humanas son las que han provocado el problema de contaminación hídrica al que nos enfrentamos actualmente, siendo los vertidos industriales y los urbanos los principales causantes del deterioro en la calidad de las aguas, aunque también el sector agrícola es un serio contaminante. Ciertamente la polución hídrica se debe en mayor medida a los vertidos puntuales y difusos⁷²⁷.

En este contexto, se puede considerar a los *vertidos industriales* como los más tóxicos y peligrosos, y así por ejemplo, la industria química ha puesto más de 100, 000 sustancias sintéticas en el medio ambiente. Una de las razones de alarma es el desconocimiento de los efectos que causan la gran mayoría de estas sustancias y, a causa de ello, muchos de los índices que actualmente se usan para la medición de la contaminación aún no garantizan la inocuidad o la calidad de las aguas, ya sea para consumo o para el mismo ecosistema⁷²⁸. Es por ello, que los vertidos que provienen de

CERNUDA, Olalla, “Solo el 11% del agua de los ríos españoles es de buena calidad”, en *Diario El Mundo*, sección Ciencia/Tecnología, 26 de Octubre 2005, España. <http://www.elmundo.es/elmundo/2005/10/25/ciencia/1130242701.html>

⁷²⁶ GREENPEACE, *Agua. La calidad de las aguas en España...*, ob. cit., p. 4.

⁷²⁷ Los *vertidos puntuales* son generalmente el vertido de sustancias contaminantes en el medio acuático a partir de puntos de emisión concretos y generalmente identificables. Estos vertidos pueden ser de aguas residuales industriales, domésticas o municipales, de escorrentía urbana, de fugas de depósitos de almacenamiento, de instalaciones industriales, de explotaciones agrícolas, etc. Los *vertidos difusos* son la emisión de contaminantes en el medio acuático a partir de una serie de puntos muy dispersos, cuyo control y detección suelen entrañar dificultad. Este tipo de contaminación está relacionado con un conjunto de actividades, eminentemente agrícolas y ganaderas, que se desarrollan sobre grandes extensiones del territorio y que provocan contaminación de los recursos hídricos por medio de la escorrentía que fluye por su superficie y que arrastra y disuelve las sustancias que han sido depositadas sobre el suelo. Véase COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Comunicación de la comisión al consejo y al parlamento europeo. La política de aguas de la Comunidad Europea, COM(96) 59 final, Bruselas, 21.02.1996, p. 3.

⁷²⁸ GREENPEACE, *Agua. La calidad de las aguas en España...*, ob. cit., p. 130. “La situación de los vertidos industriales resulta más preocupante por cuanto un porcentaje nada despreciable de los vertidos directos no cuenta aún con la debida autorización, y otros muchos tienen autorización provisional en fase de regularización” (MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, *Libro blanco del agua. Documento de síntesis...*, ob. cit., p. 9). “A las industrias se les imputa el mayor porcentaje de contaminación transmitido a los cursos de agua, para Francia el 69% de la polución sería imputable a la industria, frente a un 31% imputable a los vertidos urbanos. Dentro de la industria, algunas ramas eran especialmente responsables de la situación causada, así doce subsectores industriales producirán el 63% del total industrial más ciudades. Para Estados Unidos se ha señalado igualmente que las manufacturas producen los dos tercios de todos los contaminantes, suponiendo en los de origen orgánico el equivalente a los vertidos

la industria provocan grandes retos cuantitativos debido a las extracciones, y cualitativos a causa de los vertidos⁷²⁹.

Los vertidos urbanos contienen una toxicidad inferior al de otros agentes contaminantes como la industria, pero el impacto que estos conllevan es mayor debido a su volumen. Por ello podría decirse que es la principal causa de contaminación de los recursos hídricos, y es que aún hoy en día existen cientos de municipios y ciudades que no sanean convenientemente su agua, por lo que esta se ve degradada en su calidad⁷³⁰.

urbanos. Las industrias no sólo aportan cuantitativamente un volumen abrumador de sustancias contaminantes, sino que cualitativamente determinan la incorporación a las aguas de las sustancias más tóxicas y de los componentes más difíciles de extraer *a posteriori*. La contaminación industrial de las aguas se realiza no sólo en virtud de los vertidos de aguas residuales ordinarios, sino también por vertidos ocasionales, por arrastres de material de escombreras y por elevación del nivel térmico a través de procesos de refrigeración. Esta contaminación afecta o puede afectar a toda clase de masas de agua, según las características de la industria y su ubicación” (MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental*, T. II,..., ob. cit. p. 11).

⁷²⁹ Una cuarta parte de las actividades del sector industrial en España se sitúa en las Cuencas Internas de Cataluña, siendo esta una de las más pequeñas. “La Comunidad de Madrid alcanza el 10% de la producción industrial y la cuenca del Tajo el 13%, otro 25% se reparte entre las cuencas del Ebro y el Júcar la presión sobre el territorio se concentra alrededor de Barcelona y Madrid y en los grandes corredores industriales del Valle del Ebro, el País Vasco y el Levante. En las Cuencas Internas de Cataluña, se localiza el 40% de la producción de la Industria Química Española, el 36% del textil, el 30% de la producción de maquinaria y el 28% de las artes gráficas. La Cuenca del Tajo, principalmente Madrid, ocupa un lugar destacado con el 29% de la producción de equipo electrónico y en la industria del papel y las artes gráficas y algo menos de 20% de la industria química; en todos los demás sectores su contribución es inferior al 13.5%, es decir a su contribución total a la industria española. Con el 12% de la producción industrial española, la cuenca del Júcar concentra el 27% de la industria de minerales no metálicos y el 22% de la industria textil, cuero y calzado”. OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA, *Agua y sostenibilidad...*, ob. cit., p.p. 104-105.

⁷³⁰ GREENPEACE, *Agua. La calidad de las aguas en España...*, ob. cit., p. 130. “Los vertidos urbanos cada vez se van realizando en mejores condiciones gracias a la puesta en marcha y desarrollo del Plan Nacional de Saneamiento y Depuración que, aunque no incluye expresamente la consecución de objetivos de calidad, está logrando que un mayor número de habitantes esté conectado a sistemas de depuración. Hasta la fecha se ha realizado un importante esfuerzo inversor en este Plan, aunque los plazos intermedios impuestos por la Directiva comunitaria correspondiente resultarán difíciles de cumplir” (MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, *Libro blanco del agua. Documento de síntesis...*, ob. cit., p. 9). Al sector urbano le corresponde “aproximadamente, un tercio del total, engloba a los agentes normalmente situados en las comunidades urbanas. Se trata de residuos domésticos que se vierten a través de las redes de alcantarillado, si bien tales redes sirven frecuentemente también para desaguar vertidos de industrias radicadas en las ciudades y otro tipo de productos no estrictamente domésticos, como los arrastrados de las vías públicas, incluyendo los que son consecuencia de la polución atmosférica. Estos contaminantes son cualitativamente más fáciles de tratar, aunque cuantitativamente producen un gran volumen de sustancias orgánicas, que una vez separadas determinan serios problemas para su eliminación definitiva” (MARTÍN MATEO, Ramón,

Además, debemos tener en cuenta el daño que se hace a través del modelo tendente al crecimiento urbano desmedido que se ha venido siguiendo, y es que incluso se puede observar la construcción de viviendas dispersas, secundarias e infrautilizadas, las cuales consumen altos niveles de agua y territorio⁷³¹.

El sector agrícola y ganadero también genera una fuerte contaminación en los recursos hídricos⁷³², principalmente en el agua subterránea, creando contaminación difusa⁷³³. Los vertidos que proceden de granjas donde se utilizan abonos, fertilizantes y pesticidas, así como vertederos y otras instalaciones industriales son un gran factor de contaminación. Áreas extensas del país son afectadas por este sector, debido al aumento de granjas, por lo que una gran parte de los acuíferos están afectados, ya que sus aguas no sólo se encuentran contaminadas, sino que se trata de aguas irrecuperables, debido a que su descontaminación (cuando es posible) resulta ser una tarea larga y costosa⁷³⁴.

Tratado de Derecho ambiental, T. II,..., ob. cit. p.p. 11-12).

⁷³¹ Es importante señalar la cantidad de agua que se destina para este uso, la cual es distinta a la factura, y es que en 2005 se facturaron 2, 767 hm³ (la industria tan sólo 1,180 hm³), pero el agua distribuida fue de 4, 805 hm³. “La diferencia se explica por las pérdidas en el sistema de distribución de agua potable, pero también por la existencia de usos no facturados”. Además, el crecimiento de los hogares en España se ha dado de forma desmesurada, del año 1998 al 2006 crecieron 24.7%, aunque el crecimiento demográfico tan sólo se incrementó el 8% dentro del mismo periodo, y es que de igual forma se está produciendo “una concentración del crecimiento urbanístico y poblacional en los territorios con mayor escasez de recursos, tales como el litoral mediterráneo o Madrid, incrementando así las presiones sobre unas regiones que ya están sometidas a cierto grado de estrés hídrico”. OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA, *Agua y sostenibilidad...*, ob. cit., p.p. 106-107.

⁷³² El uso sostenible de los recursos hídricos se encuentra sumamente ligado con el uso de este sector. En la contaminación por fertilizantes destacan tres tipos: nitrógeno, fósforo y potasio, que en 2001 se administraron 1.1 millones de toneladas del primero, 575, 000 del segundo y 450 del tercero. OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA, *Agua y sostenibilidad...*, ob. cit., p.p. 101-102.

⁷³³ “La contaminación difusa procedente de la agricultura, ligada a la creciente aplicación de fertilizantes y plaguicidas, supone en nuestro país motivo de preocupación, por la posibilidad de provocar graves problemas de eutrofización en los embalses y de contaminación de las aguas subterráneas. En los últimos años se ha producido una degradación general y acelerada de la calidad del agua en los embalses. Los estudios realizados en una muestra de embalses repartidos por el territorio nacional muestran que en los últimos años más de la mitad han aumentado su grado de eutrofización”. MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, *Libro blanco del agua. Documento de síntesis...*, ob. cit., p.p. 9-10.

⁷³⁴ GREENPEACE, *Agua. La calidad de las aguas en España...*, ob. cit., p. 130. “Los regadíos, sobre todo en zonas de gran evaporación, inciden en el incremento de la salinidad de las aguas al filtrarse las sales a las capas subterráneas o lavarse artificialmente las superficies cultivadas, vertiendo grandes concentraciones salinas a los cursos fluviales. Otro tipo de contaminación es

Según el Libro Blanco, “el grado de contaminación de las aguas aumenta a medida que van discurriendo por núcleos urbanos e industriales, llegando, en algunos casos, a un estado muy degradado en sus tramos medios y finales. En la mitad sur, si bien los problemas son similares a los de la mitad norte, la calidad del agua en las cabeceras empeora como consecuencia de los menores caudales presentes, lo que origina una menor dilución de los vertidos contaminantes”⁷³⁵. Cuencas como Duero, Tajo, Guadiana, Guadalquivir, Ebro y Llobregat se encuentran en mal estado, haciéndose hincapié en las últimas dos. Pero inclusive, en Cuencas como el Duero y una parte del Tajo, la contaminación que se genera es la equivalente a la de cinco millones de personas, siendo aproximadamente 2, 6 millones los habitantes en la región. En peor situación se encuentran los ríos del País Vasco, que con el 33.6% de sus cursos en completa degradación se encuentra Guipúzcoa, Vizcaya el 28.4% y Álava el 21%. Gran parte del Tajo y sus afluentes estaban altamente contaminados, sobre todo por Toledo, pero gracias a las plantas de tratamiento en Madrid la situación ha mejorado⁷³⁶.

Por lo tanto, son varios determinantes los que preocupan y ponen en riesgo a los recursos hídricos. Como bien sintetiza DOMÍNGUEZ ALONSO, “el incremento constante del consumo, unido a la irregular distribución temporal y territorial de los recursos, agravada por los prolongados periodos de sequía”, ha creado problemas serios en el territorio español, de forma muy grave en el Levante y Sur-este, en donde existen situaciones de déficit permanente con una constante presión sobre los recursos disponibles, y se da un incremento de utilización de las aguas subterráneas, además del agotamiento progresivo de algunos acuíferos, deterioro de la calidad de las aguas, problemas de intrusión salina, restricciones en el abastecimiento o en el regadío⁷³⁷.

el producido por el uso masivo de pesticidas. Las medidas depuradoras son aquí altamente problemáticas, salvo que se proceda a drásticas prohibiciones, como ha sucedido por ejemplo con el DDT” (MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental*, T. II,..., ob. cit., p. 12).

⁷³⁵ MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, *Libro blanco del agua. Documento de síntesis...*, ob. cit., p. 9.

⁷³⁶ MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental*, T. II,..., ob. cit., p. 9.

⁷³⁷ DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia, *La administración hidráulica española...*, ob. cit., p.p. 54-55.

5.3.2. La regulación de las aguas

Como hemos mencionado, el agua es, sin duda alguna, un tema de enorme relevancia para el presente siglo, y será de gran trascendencia lo que hagamos u omitamos en esta materia, ya que determinará el porvenir de las distintas regiones, y el caso español no es la excepción. Y es que tanto España como el resto de la Comunidad Europea (al igual que el mundo entero) enfrentarán grandes retos para solucionar los problemas relacionados con los recursos hídricos, que en mayor o menor medida son también la escasez, la contaminación e incluso población con dificultades para su acceso. La regulación jurídica del elemento hídrico es una manera eficaz para ayudar a solventar los obstáculos. El agua, como hemos visto, ha estado presente con el ser humano desde el inicio y su regulación ha sido necesaria tanto para protegerla, como para su uso. Algunos autores como NAVARRO ORTEGA señalan que “la historia de la gestión del agua es la historia de la humanidad”⁷³⁸. El ejemplo más claro es el Derecho romano, donde ya se tenía preocupación por el medioambiente y muy en particular por el agua, que jugaba un papel sumamente importante⁷³⁹. En las Sentencias de Paulo podemos observar como ya desde entonces se utilizaba la expresión *contaminaverit*, en el fragmento 5.4.13, “*Fit iniuria contra bonos mores, veluti si quis fimo corrupto aliquen perfuderit, coeno luto oblinierit, aquas spurcaverit, fistulas, iacus quidve alidu ad iniuriam publicam contaminaverit: in quos graviter animadverit solet*”⁷⁴⁰. La misma

⁷³⁸ NAVARRO ORTEGA, Asensio, “Derecho de aguas”..., ob. cit., p. 317.

⁷³⁹ GEREZ KRAEMER, Gabriel M., *El derecho de aguas en Roma*, Ed. Dykinson, Madrid, 2008, p.p. 15 y ss; MARTÍN MATEO, Ramón, “Evolución del régimen de tutela ambiental de las aguas continentales”, en *El Derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, T. I, Ed. Cívitas, Madrid, 2002, p. 171; NAVARRO CABALLERO, Teresa, *Los instrumentos de gestión del dominio público hidráulico. Estudio especial del contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas y de los bancos público del agua*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 57.

⁷⁴⁰ KRUEGER, Paul, *Ulpiani liber singulares regularum. Pauli libri...*, ob. cit., p. 112. “Este fragmento pertenece al libro XI rubricado de *extraordinarius criminibus* del libro 47 contiene la palabra contaminación pero este acto no constituye ninguna forma autónoma de ilícito penal, sino que aparece ubicado dentro de las injurias. El fragmento va referido a todos aquellos comportamientos dirigidos a emporcar o contaminar aguas, cañerías, lagos u otra cosa de forma genérica, siendo el carácter de estas injurias calificadas de públicas directas” (ZAMORA MANZANO, José Luis, *Precedentes romanos sobre el Derecho ambiental. La contaminación de aguas, canalización de las aguas fecales y la tala ilícita forestal*, Ed. Edisofer, Madrid, 2003, p. 20).

expresión fue utilizada en el Digesto de Justiniano D. 47, 11, 1, 1, donde también en el D. 39, 3, 3 se utilizó la expresión *aquas spurcarverit*⁷⁴¹.

En el Digesto encontramos una serie de fragmentos relacionados con el actual Derecho de aguas⁷⁴², donde se consideraba de uso común al agua corriente de los ríos o *aqua profluens* (aguas en movimiento) señalando que “el agua que corre es común a todos por derecho natural” (D. 1, 8, 2)⁷⁴³. También se hablaba sobre la contaminación de cañerías (D. 47, 11, 1, 1)⁷⁴⁴, sobre la contaminación de un manantial por lavaderos de tintorería (D. 39, 3, 3)⁷⁴⁵, sobre la contaminación de los pozos (D. 43, 24, 11)⁷⁴⁶, sobre daños ecológicos que afectan a las aguas conducidas (D. 43, 20, 1, 27)⁷⁴⁷. El interdicto

⁷⁴¹ ZAMORA MANZANO, José Luis, *Precedentes romanos sobre el Derecho ambiental...*, ob. cit., p. 26.

⁷⁴² “El Derecho romano de las aguas ha estado y está presente en todos los estudios de aguas del Derecho occidental. El tronco común del que salen el actual Derecho francés, anglosajón, alemán y español, es el Derecho romano y muy en concreto determinadas y específicas regulaciones de la *Instituta* de Justiniano y del Digesto. Los anglosajones no saben lo que es «dominio público», tampoco los alemanes, que solamente conocen el dominio o la propiedad privada, sometida en ocasiones –como en el caso de las aguas– a determinadas limitaciones, y los franceses tienen un concepto mucho más restringido del dominio público hidráulico que el español, estando excluidas de dicha institución la mayor parte de las aguas corrientes superficiales”. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo/MENÉNDEZ REXACH, Ángel/DÍAZ LEMA, José Manuel, *El Derecho de aguas en España*, Vol. I, Ed. Ministerio de obras públicas y urbanismo, Madrid, 1986, p. 16.

⁷⁴³ MITRE GUERRA, Eduardo José, *El Derecho al agua. Naturaleza jurídica y protección legal...*, ob. cit., p. 69; D. 1, 8, 2. “Algunas cosas son comunes a todos por derecho natural, otras son de la colectividad, otras de nadie, y las más son de particulares, las cuales se adquieren para cada uno por varias causas. (1) Así, son comunes a todos por derecho natural el aire, el agua corriente, el mar, y con él sus costas. (*Marcian. 3 inst. = Inst. 2,1 pr. -1*)” (D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. I,..., ob. cit., p. 69).

⁷⁴⁴ D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. III,..., ob. cit., p. 655.

⁷⁴⁵ D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. III,..., ob. cit., p. 171.

⁷⁴⁶ D. 43, 24, 11: “Dice Labeón que se puede ejercitar el interdicto «por lo que con violencia o clandestinamente» contra el que hubiera vertido algo en el pozo del vecino de manera que con ello corrompiera el agua, pues el agua que allí sale se considera parte del campo; lo mismo que si alguien hubiera hecho alguna obra que afectara al agua”. D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. III,..., ob. cit., p. 429.

⁷⁴⁷ D. 43, 20, 1, 27: “Cree Labeón que mediante este interdicto se impide que alguien haga algo en aquel fundo, que cave, siembre, tale, pode o edifique en él, de manera que se ensucie, estropee, corrompa o deteriore el agua que alguien traía sin violencia o clandestinidad, ni en precario, por un fundo tuyo en el último año; y dice que debe darse un interdicto similar para el

“*de cloacis*” pretendía, entre otras cosas, el mantenimiento de la higiene en las ciudades mediante la reparación de las cloacas (D. 43, 23, 1, 2)⁷⁴⁸, o la depuración y limpieza de los desagües (D. 43, 23, 1, 7 y D. 43, 23, 1, 15., D. 43, 23, 1, 12)⁷⁴⁹. De igual forma, se encuentra el interdicto “que nada se haga en lugar público”, el cual prohibía desaguar una cloaca en la vía pública (D. 43, 8, 2, 26)⁷⁵⁰. También son de observar los fragmentos sobre los problemas de navegación en los ríos públicos derivados de la contaminación (D. 43, 12, 1)⁷⁵¹, o sobre la introducción de objetos, que afecta a las condiciones de paso, estancia o incluso la provocación de daños a las naves (D. 43, 12, 1, 15)⁷⁵². De igual forma, las Disposiciones Imperiales (C. 11, 43, 1) que protegían la preservación de obras hidráulicas del emporcamiento de aguas y de las captaciones

agua estival”. D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. III,..., ob. cit., p. 417.

⁷⁴⁸ D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. III,..., ob. cit., p. 423.

⁷⁴⁹ D. 43, 23, 1, 7: “Como la reparación y limpieza parece interesar a la utilidad pública, se aceptó que en este interdicto no se añadiera lo de «que no haya usado por violencia o clandestinidad, ni en precario, respecto al adversario» de suerte que, aunque uno hubiera usado con tales defectos, no se le impida reparar o limpiar la cloaca cuando quiera hacerlo”. D. 43, 23, 1, 15. “Añade el pretor: «Restituirás lo que hayas hecho o metido en una cloaca pública en perjuicio del uso de la misma». «Asimismo, daré un interdicto para que no se haga nada ni meta nada en ella»”. D. 43, 23, 1, 12. “De ahí que Fabio Mela escriba que compete este interdicto para poder entrar en la casa del vecino y levantar el pavimento con el fin de limpiar la cloaca; pero escribe Pomponio que en tal caso cabe temer que se incurra en el evento de la caución de daño temido; pero no es así siempre que aquél esté dispuesto a restaurar el pavimento que levantó por la necesidad de reparar la cloaca”. D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. III,..., ob. cit., p. p. 423 – 424.

⁷⁵⁰ D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. III,..., ob. cit., p.p. 389-390.

⁷⁵¹ D. 43, 12, 1: “Dice el pretor: «<Prohíbo> que hagas o pongas en un río público o en su orilla algo que entorpezca o pueda entorpecer el estacionamiento o tránsito del navigio <o barca>»”. D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. III,..., ob. cit., p. 394.

⁷⁵² D. 43, 12, 1, 15: “Se entiende que se entorpece el estacionamiento y tránsito de barcas cuando se estorba su uso, dificultándolo, disminuyéndolo en el espacio o en el tiempo, o haciéndolo del todo imposible. Por lo tanto, sea que se desvie el agua de forma que el río deje de ser navegable por la disminución de su corriente, sea por que se ensanche <el cauce y>, al quedar extendida el agua, pierde calado, sea que, al contrario, se estreche aquél dando más rapidez a la corriente, sea que se haga cualquier otra cosa que estorbe la navegación o la dificulte o impida del todo, tendrá lugar el interdicto”. D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, T. III,..., ob. cit., p. 395.

ilícitas por falta de concesión administrativa⁷⁵³, sobre las tareas de depuración y salubridad de pozos, conducciones, y obras hidráulicas de gran envergadura con fondos destinados a su mantenimiento, como en los acueductos (C. 11, 43, 7 y C. 11, 43, 8)⁷⁵⁴.

En España, la regulación de los recursos hídricos es prácticamente ya una tradición jurídica⁷⁵⁵, con una gran influencia del Derecho romano, como la *res nullius* en las Partidas, en donde se situaba al agua de la lluvia, el mar y su ribera⁷⁵⁶. No obstante, en sentido estricto, la regulación jurídica del Derecho de aguas en España nace desde la *Ley de aguas de 3 de agosto de 1866* y más tarde la *Ley de Aguas de 13 de junio de 1879*, donde se establece la adopción de instituciones jurídicas como el

⁷⁵³ Véase ZAMORA MANZANO, José Luis, *Precedentes romanos sobre el Derecho ambiental...*, ob. cit., p.p. 11-12.

⁷⁵⁴ Véase ZAMORA MANZANO, José Luis, *Precedentes romanos sobre el Derecho ambiental...*, ob. cit., p.p. 11-12.

⁷⁵⁵ En este sentido, es importante mencionar el Tribunal de las aguas de Valencia (*Tribunal de les Aigües de la Vega de València*), el cual es considerado como el Tribunal más antiguo de Europa. Contiene un legado que proviene desde los romanos, aunque también adopta costumbres de los libaneses, sirios y egipcios asentados en gran parte de la península en el siglo VIII. El Rey Conquistador, Jaime I, después de la fundación del Reino de Valencia (alrededor de 1238), estableció el Fuero XXXV, en donde se confirmaba “la permanencia de todos los regadíos y sistemas de justicia y gobierno de los mismos «*Segons que antigament és e fo establít e acostumat en temps de serrahins*» (que traducido significa «según antiguamente es y fue establecido y acostumbrado en tiempos de los sarracenos»). Efectivamente, han perdurado algunas curiosas tradiciones de esta institución que se explican por su tradición arábí... Uno de los documento más antiguos existentes en el Archivo del Reino de Valencia es, precisamente, un pergamino escrito en árabe, fechado en el 1223 y que se refiere a la solución por dicho Tribunal de un pleito entre dos alquerías de Morverdre”. Cabe resaltar que la jurisdicción que tiene el Tribunal de las Aguas “abarca los de las Comunidades regantes de ocho acequias (de nuevo otro vocablo de origen árabe *sequiya*, para los valencianos *sèquia*) y que son las de: Tormos, Mestalla, Rascanya, Quart, Benàger i Faitanar, Mislata, Favara y Rovella. Aparte de éstas queda la acequia de Montcada que es, dentro de la comarca de l’Horta, la única que no está sometida a tal jurisdicción”. Es importante señalar que la Constitución española en su artículo 125 establece que “los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”. De la misma manera el TRLA determina la pervivencia de organizaciones tradicionales, en su artículo 85: “los aprovechamientos colectivos, que hasta ahora hayan tenido un régimen consignado en ordenanzas debidamente aprobadas, continuarán sujetos a las mismas mientras los usuarios no decidan su modificación de acuerdo con ellas. Del mismo modo, allí donde existan jurados o tribunales de riego, cualquiera que sea su denominación peculiar, continuarán con su organización tradicional”. Véase DE ROJAS MARTÍNEZ-PARETS, Fernando, “Tribunal de las aguas de Valencia”, en *Diccionario de Derecho de aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p.p. 938-941.

⁷⁵⁶ Véase LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo...*, ob. cit., p. 40; JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del Derecho a un medio ambiente...*, ob. cit., p. 16.

dominio público⁷⁵⁷, y posteriormente llegaría el *Real Decreto de 21 de marzo de 1895*, sobre defensa de las aguas contra contaminaciones.

Asímismo, desde principios del siglo XX se han dictado varias disposiciones para la protección de las aguas continentales, como el *RD de 16 de noviembre de 1900* “sobre enturbiamiento e infección de aguas y sobre aterramiento y ocupación de los cauces con los líquidos procedentes del lavado de minerales o con los residuos de la fábricas”; el artículo 14 de la Ley de pesca fluvial, la cual fue aprobada por *Decreto Ley de 7 de septiembre de 1920*, que se refería a “alterar arbitrariamente la condición de las aguas con residuos de industrias o vertiendo en ellas con cualquier fin materiales o sustancias perjudiciales o nocivas a la pesca, a no ser en virtud de un derecho reconocido y reglamentado por la Administración cuando el interés general lo exija”; de igual forma, el artículo 6 de la *Ley de pesca fluvial de 20 de febrero de 1942*, así como los artículos de 18 al 22 de su Reglamento, aprobado por *Decreto el 6 de abril de 1943*, recoge que: “Queda prohibido alterar arbitrariamente la condición de las aguas con residuos de industrias o verter en ellas, con cualquier fin, materiales o sustancias nocivas a la población fluvial, quedando obligados los dueños de las instalaciones industriales a montar los dispositivos necesarios para anular o aminorar los daños que a la riqueza piscícola pudiera causarse.”^[1 SEP] Si no hubiera posibilidad de armonizar los intereses acuícolas con los de los concesionarios de aprovechamientos hidráulicos y dueños de industrias y explotaciones, y éstas por su importancia en la riqueza nacional deban ser preferidas, quedarán obligados los concesionarios y dueños al pago de un canon anual, en concepto de resarcimiento de daños”; también el *Reglamento de policía de aguas y sus cauces*, el cual fue aprobado por *Decreto de 14 de noviembre de 1958*, adoptando la normativa anterior sobre autorizaciones, prohibiciones y sanciones, por ejemplo, en su artículo 11 establece: “En virtud de lo dispuesto en el Real Decreto de 21 de marzo de 1895 sobre defensa de las aguas contra contaminaciones, y el Real Decreto de 16 de noviembre de 1900 sobre enturbiamiento e infección de aguas públicas, se

⁷⁵⁷ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo/MENÉNDEZ REXACH, Ángel/DÍAZ LEMA, José Manuel, *El Derecho de aguas en España*, Vol. I..., ob. cit., p. 15. La Ley de aguas de 1879 estuvo vigente durante más de un siglo, hasta su derogación por la Ley de aguas de 1985. Veánse NAVARRO ORTEGA, Asensio, “Derecho de aguas”..., ob. cit., p. 317; NAVARRO CABALLERO, Teresa, *Los instrumentos de gestión del dominio público hidráulico*..., ob. cit., p.p. 61-62.

prohíbe el vertido, en un cauce público, de aguas residuales cuya composición química o contaminación bacteriológica puedan impurificar las aguas con daño para la salud pública”. Además, dentro de las sanciones del artículo 35, aparte de la multa, se imponía ya la reparación del daño causado y se preveía su compatibilidad con las sanciones penales (art. 30); la *Orden de 4 de septiembre de 1959*, reguladora del vertido de aguas residuales, además de establecer prohibiciones y autorizaciones, clasificó los cursos de agua como: protegidos, vigilados, normales e industriales; la *Orden de 23 de marzo de 1960*, la cual fue declarada parcialmente nula por *Orden de Presidencia de 20 de marzo de 1962*; la *Orden de 9 de octubre de 1962*, que dispone normas complementarias para los vertidos de aguas residuales, mediante autorizaciones, inspecciones y sanciones. El *Decreto de 13 de agosto de 1966*, que modificó los artículos 15 al 21 del *Reglamento para la aplicación de la Ley de pesca fluvial de 6 de abril de 1943*, estableciendo disposiciones contra la contaminación de las aguas, señaló en su artículo 15: “Queda prohibido incorporar a las aguas continentales o a sus álveos todas aquellas sustancias susceptibles de perjudicar a la fauna piscícola, bien sea de forma directa o inmediata o a sus exigencias fisiológicas, nutritivas, reproductivas o ecológicas”; también conviene aludir a los *Decretos de 18 de enero y 26 de diciembre de 1968*, los cuales prohibieron el uso de detergentes no biodegradables⁷⁵⁸.

5.3.3. El agua en el actual Derecho español

En la legislación de las aguas existen una variedad de medidas para prevenir, proteger y mejorar la calidad de las aguas, ya que, como hemos visto, la situación hídrica a nivel internacional, así como la de España, es alarmante. Por ello, el Derecho debe hacer uso de todas las herramientas jurídicas a su alcance, precisamente para combatir ese ataque hacia un recurso natural sin el cual no podríamos vivir, pero de igual forma se debe considerar al agua como un agente indispensable para el desarrollo económico⁷⁵⁹.

⁷⁵⁸ Véanse JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del Derecho a un medio ambiente...*, ob. cit., p.p. 43-44; NAVARRO CABALLERO, Teresa, *Los instrumentos de gestión del dominio público hidráulico...*, ob. cit., p.p. 75-83.

⁷⁵⁹ Ello sin menoscabar su conservación y protección ambiental, como afirma PLAZA MARTÍN, “pasando así a un primer plano la necesidad de garantizar su uso racional y sostenible, y de forma que se preserve su calidad y se protejan los ecosistemas que de él

Como ya hemos mencionado, la regulación de las aguas en España lleva ya mucho tiempo, aunque el interés por el medioambiente lleva poco más de 30 años, cuando la Constitución de 1978 le otorga la importancia necesaria para su salvaguarda, que emana del artículo 45. Es por ello que debemos considerar la relevancia de la Constitución española para la protección de los recursos hídricos, teniendo en cuenta tres preceptos constitucionales de suma importancia para el Derecho de aguas en el país ibérico: por una parte, nos encontramos con el pilar medioambiental dentro del artículo 45, que impone a los poderes públicos la “utilización racional de todos los recursos naturales”⁷⁶⁰; también el artículo 132, apartados 1º y 2º, relativo a los bienes de dominio público⁷⁶¹; y por último, los artículos 148.1.10ª y 149.1.22ª, relativos a las competencias exclusivas del Estado y de las Comunidades Autónomas, tomando en consideración el uso y aprovechamiento de los recursos hídricos⁷⁶².

El artículo 132 trajo consigo la problemática de delimitación del dominio público estatal, en el que las aguas continentales se entiende que se encuentran dentro de la “zona marítimo-terrestre”, para lo cual el legislador determinaría la titularidad del dominio. Dentro de la Ley de Aguas de 1985 se declararon como bienes demaniales del Estado la totalidad de los recursos hídricos (respetando los derechos ya adquiridos mediante la anterior Ley de aguas)⁷⁶³. Así, el Tribunal Constitucional, mediante la **STC**

dependen”. PLAZA MARTÍN, Carmen, *El dominio público hidráulico, en Derecho de los bienes público*, Valencia, Tirant lo blanch, 2ª ed., 2009, p 514.

⁷⁶⁰ Véanse NAVARRO ORTEGA, Asensio, “Derecho de aguas”..., ob. cit., p. 318; CALVO CHARRO, María, *Escritos de Derecho ambiental*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 82; BERMEJO VERA, José, *Constitución y planificación hidrológica*, Ed. Cívitas, Madrid, 1995, p.p. 123-124; PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”..., ob. cit., p. 514.

⁷⁶¹ Artículo 132.1: “La Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. 2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la Ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. 3. Por Ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación”.

⁷⁶² Para EMBID IRUJO, la Constitución española de 1978 es “un texto que aparece como el acontecimiento jurídicamente más relevante y engendrador, en realidad, del período más fructífero y creativo en nuestro derecho de aguas” (EMBID IRUJO, Antonio, “Evolución del Derecho y de la política del agua en España”, en *RAP*, Nº 156, 2001, p. 60); PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”..., ob. cit., p. 514.

⁷⁶³ PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”..., ob. cit., p.p. 514-515.

227/1988, de 29 noviembre, en su FJ 14, hace alusión a la distribución de competencias, señalando: “La Constitución se refiere expresamente a los bienes de dominio público en los dos primeros apartados del art. 132. Este precepto reserva a la ley la regulación de su régimen jurídico, sobre la base de algunos principios que ella misma establece (apartado 1), y dispone que «son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental» (apartado 2). Ciertamente, este art. 132.2 no es, en sí mismo, una norma de distribución de competencias, ni traza nítidamente la frontera entre un dominio público estatal y otro autonómico. Lo que establece, junto a la asignación directa y expresa de algunas categorías genéricas de bienes al dominio público estatal, es una reserva de ley -obviamente de ley del Estado- para determinar qué otros bienes han de formar parte de ese mismo dominio público adscrito a la titularidad estatal. Pero eso no significa, como es evidente, que corresponda en exclusiva al Estado la incorporación de cualquier bien al dominio público, ni que todo bien que se integre en el demanio deba considerarse, por esta misma razón, de la titularidad del Estado”.

En tal sentido, se debe respaldar el establecimiento de la distribución de competencias en materia de aguas entre el Estado español y las Comunidades Autónomas en los artículos 148.1.10ª y 149.1.22ª de la Constitución. En dichos artículos se reconoce que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias sobre “los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma” (artículo 148.1.10ª), en tanto que el Estado tiene competencia exclusiva sobre “la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma” (artículo 149.1.22ª)⁷⁶⁴. Aunque cabe destacar que tras los Pactos autonómicos de 1992, las Comunidades Autónomas se adjudicaron “la ordenación y administración de los recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las

⁷⁶⁴ PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”..., ob. cit., p. 515; DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia, *La administración hidráulica española...*, ob. cit., p. 107; ESCUIN PALOP, Catalina, *Presente y futuro del Derecho de aguas en España*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 94; ÁLVAREZ RICO, Manuel, “La contaminación de las aguas superficiales”, en *Derecho y medio ambiente*, CEOTMA, Madrid, 1981, p. 381; DE MIGUEL PERALES, Carlos, *Derecho español del medio ambiente...*, ob. cit., p. 154.

aguas discurran íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma”⁷⁶⁵. Lo establecido dentro de la Constitución sobre “las aguas que discurran por más de una Comunidad” debe ser observado, ya que en ello se manifiesta la distribución de competencias en materia de aguas entre el Estado y las CCAA, que se establece que corresponda al Estado la regulación y gestión de la mayor parte de las aguas del territorio español, al integrarse en cuencas de carácter “intercomunitario”; ello con la evidente excepción de las aguas de las Comunidades isleñas (Canarias y Baleares) y las que pertenecen a cuencas “intracomunitarias” de Comunidades Autónomas, que sólo pueden existir en las Comunidades del litoral peninsular (como es el caso en Cataluña, Galicia, o País Vasco)⁷⁶⁶.

Es necesario pues, recurrir a las normas estatutarias para conocer el sistema de delimitación competencial que se ha producido en cada caso, ya que no todos los Estatutos emplean las mismas formulas conceptuales para definir las competencias de la Comunidad Autónoma respectiva en materia de aguas. Para esto, las CCAA que fueron constituidas por el artículo 143 de la Constitución (con la excepción de que se hubieran ampliado por el artículo 150 CE) podían adjudicarse competencias según el artículo 148.1, y por otro lado, las CCAA que alcanzaron su autonomía por el artículo 151 o disposición transitoria segunda de las CE, pudieron incluir en sus Estatutos cualesquiera competencias no reservadas al Estado por el artículo 149.1 CE (artículo 149.3 de la Constitución). Mediante el criterio territorial de delimitación de las competencias del Estado, la Ley de Aguas utiliza el de la Cuenca hidrográfica, distinguiendo así entre funciones que corresponden al Estado en las cuencas “que excedan del ámbito territorial de una sola Comunidad Autónoma” (artículo 17 TRLA) y las que pueden ejercer las Comunidades Autónomas, en virtud de sus Estatutos de Autonomía, sobre el dominio público hidráulico “en cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente dentro de su territorio” (artículo 18 TRLA)⁷⁶⁷. En este sentido la **STC 227/1988**, en su FJ 18, señala:

⁷⁶⁵ PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”..., ob. cit., p.p. 515-516; EMBID IRUJO, Antonio, “Informe de España”..., ob. cit., p.p. 251-252.

⁷⁶⁶ PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”..., ob. cit., p. 517.

⁷⁶⁷ DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia, *La administración hidráulica española*..., ob. cit., p.p. 108-110; NAVARRO ORTEGA, Asensio, “Derecho de aguas”..., ob. cit., p.p. 325-326; EMBID IRUJO, Antonio, “Evolución del Derecho...”, ob. cit., p.p. 83-84.

“No puede entenderse que el criterio de delimitación territorial utilizado por el legislador sea contrario a lo dispuesto en el artículo 149.1.22ª de la Constitución y preceptos concordantes de los Estatutos de Autonomía. La expresión “aguas que discurren por más de una CCAA” es un concepto constitucional cuyo significado debe desentrañarse atendiendo a criterios lógicos, técnicos y de experiencia. Desde el punto de vista de la lógica de la gestión administrativa, no parece lo más razonable compartimentar el régimen jurídico y la administración de las aguas de cada CCAA, pues es evidente que los usos y aprovechamientos que se realicen en el territorio de una de ellas condicionan las posibilidades de utilización de los caudales de los mismos cauces, principales y accesorios, cuando atraviesan el de otras Comunidades o surten a los cursos fluviales intercomunitarios.

No es ocioso recordar a este respecto los principios que se incluyen en la Carta Europea del Agua, aprobada en 1967 por los países miembros del Consejo de Europa, en la que se declara que “el agua no tiene fronteras” (punto 12) y, en concreto, que “la administración de los recursos hidráulicos debería encuadrarse más bien en el marco de las cuencas naturales que en el de las fronteras administrativas y políticas” (punto 11).

De todo ello cabe deducir que, cuando la Constitución utiliza la expresión “aguas que discurren”, no toma en consideración necesariamente las corrientes o cursos aislados, ni menos aun obliga a compartimentar las competencias sobre los diferentes tramos de un mismo curso fluvial. Antes bien, es lícito y razonable entender, como así lo hace la Ley impugnada, que, para delimitar las competencias exclusivas del Estado, la norma Constitucional permite referirse al conjunto integrado de las aguas de cada Cuenca que, a través de corrientes principales y subalternas, trasvasan los confines del territorio de una Comunidad Autónoma. A ello no se opone el hecho de que la Constitución y los Estatutos de Autonomía no hayan sancionado explícitamente el concepto estructural de la Cuenca hidrográfica, pues en ningún caso podría atribuirse a esta omisión el sentido de que sus redactores lo han querido excluir explícitamente, lo que no se desprende, antes al contrario, de los antecedentes parlamentarios”.

Cabe destacar que todos los Estatutos de Autonomía atribuyen a las

Comunidades Autónomas competencias sobre las aguas que discurran “íntegramente” por su territorio, lo que indica que se ha adoptado también una concepción integral de la gestión del recurso como la que proporciona el criterio de la Cuenca hidrográfica⁷⁶⁸.

5.3.3.1. La Ley de aguas

La legislación que nace a partir de la Constitución sobre la regulación y conservación de las aguas continentales es la Ley de Aguas 29/1985 (LA), la cual se promulgó el 2 de agosto de 1985, sustituyendo a la Ley de 1879, que durante más de cien años configuró los elementos esenciales del régimen jurídico de las aguas continentales en España⁷⁶⁹. La nueva Ley fue desarrollada mediante el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (Real Decreto 489/1986, de 11 de abril, RDPH), que ha sido modificado en varias ocasiones, así como también mediante el Reglamento de la Administración Pública del Agua (RAPA) y de la Planificación Hidrológica (Real Decreto 927/1988, de 29 de julio). Además de estas dos disposiciones, se dictó el Real Decreto de 24 de julio de 1998, número 1664/1998, por el que se aprobaron los planes hidrológicos de cuenca⁷⁷⁰.

Posteriormente, la Ley de Aguas experimentó grandes modificaciones por la Ley 46/1999, afectando a 41 de sus 113 artículos y ajustando a la 29/1985 a nuevas exigencias para la protección de la calidad, gestión y cantidad del recurso⁷⁷¹. La

⁷⁶⁸ DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia, *La administración hidráulica española...*, ob. cit., p.111.

⁷⁶⁹ DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia, *La administración hidráulica española...*, ob. cit., p. 135; PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”..., ob. cit., p. 537. Según CALVO CHARRO, la Ley de aguas recoge ideas para el “mantenimiento o recuperación de la calidad de las aguas, la protección de los ecosistemas, y las actuaciones de defensa del dominio público hidráulico”, por lo que la autora considera a la Ley como la “primera regulación hidráulica estatal con matices puramente ecológicos” (CALVO CHARRO, María, *Escritos de Derecho ambiental...*, ob. cit., p. 82).

⁷⁷⁰ DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia, *La administración hidráulica española...*, ob. cit., p. 137.

⁷⁷¹ “La LA introdujo importantes avances en la gestión y protección de tan preciado bien (demanialización uniforme, legalización de la planificación hidrológica, vinculación de la disponibilidad del recurso en cantidad suficiente a la exigencia de calidad del mismo...); pero el paso de los años y la aplicación de la Ley nos permitió ir constatando la necesidad de prever

disposición final segunda de la Ley 46/1999 ordenó al Gobierno que, en el plazo de un año a partir de su entrada en vigor, dictase un Real Decreto legislativo para refundir y adaptar la normativa legal existente en materia de aguas. Dicho plazo fue ampliado por la Ley 6/2001, de 8 de mayo, de modificación del Real Decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental. Así pues, el Texto Refundido de la Ley de Aguas fue aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2001, de 20 de junio⁷⁷².

Actualmente, las aguas continentales se encuentran reguladas en España en el TRLA y se configuran jurídicamente en dicha norma como bienes de dominio público. En el artículo 1.3 del TRLA se señala como objeto de la Ley a “las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico”. Lo anterior se concreta dentro del artículo 2 del TRLA, modificado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre y la Ley 11/2005, de 22 de junio. En este último precepto se enumeran los diversos bienes que constituyen el dominio público hidráulico del Estado: las aguas continentales superficiales y subterráneas renovables, los cauces de corrientes naturales, continuas y discontinuas, los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos, los acuíferos y las aguas procedentes de la desalación de agua de mar⁷⁷³.

De las novedades del TRLA puede destacarse: la flexibilización del régimen contractual mediante un nuevo contrato de cesión de derecho al uso del agua; se regula la reutilización del agua; se impone la obligación de medir el consumo de agua; se endurecen las autorizaciones de vertido; se regulan los caudales ecológicos; también se regula la figura de la obra pública hidráulica; y de igual forma, adopta cambios hechos

nuevos instrumentos para las también nuevas demandas (el consumo se incrementa exponencialmente y la protección medioambiental del recurso precisa ser puesta al día)” (CALVO CHARRO, María, *Escritos de Derecho ambiental...*, ob. cit., p. 95).

⁷⁷² Véase PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”..., ob. cit., p. 539; CALVO CHARRO, María, *Escritos de Derecho ambiental...*, ob. cit., p. 96.

⁷⁷³ Véase COLOM PIAZUELO, Eloy, “El dominio público hidráulico”, en *El Derecho de Aguas en Brasil y España. Un estudio comparado*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, p. 73.

por la Ley 6/1997, de 14 de abril, sobre organización y funcionamiento de la Administración General del Estado⁷⁷⁴.

5.4. La Unión europea y el agua

Como hemos mencionado en el capítulo anterior, la problemática ambiental no pudo pasar desapercibida para la Unión Europea, hasta el punto de incluir normas orientadas a su protección y cuidado. Lógicamente, los recursos hídricos no se quedaron al margen, ya que como sabemos, las políticas ambientales deben de ser impulsadas y mejoradas para así poder contribuir a un uso más sustentable de los recursos naturales y sobre todo, del agua.

En este sentido, la protección del medioambiente se encuentra enmarcada dentro de las competencias compartidas entre los Estados miembros de la Comunidad Europea; por ende, preservar el buen estado ecológico de las masas de agua exige la aplicación de los principios medioambientales de la UE sobre cualquier contaminación a dicho recurso. Ya desde hace más de treinta y cinco años, el Derecho Internacional, así como el Derecho Comunitario, han impulsado nuevas políticas ambientales en las que la calidad de las aguas se erige como un factor trascendental y de gran importancia para el ámbito europeo⁷⁷⁵. La progresiva atención hacia los recursos hídricos ha sido plasmada en los amplios mecanismos normativos comunitarios, como es el caso de las Directivas,

⁷⁷⁴ En este sentido, el artículo 22 TRLA, sobre naturaleza y régimen jurídico de los organismos de cuenca, en su epígrafe 1 establece: “Los organismos de cuenca, con la denominación de Confederaciones Hidrográficas, son organismos autónomos de los previstos en el artículo 43.1.a) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, adscritos, a efectos administrativos, al Ministerio de Medio Ambiente”; véase CALVO CHARRRO, María, *Escritos de Derecho ambiental...*, ob. cit., p.p. 96-97.

⁷⁷⁵ “La CEE desde su Primer Programa de Acción sobre el Ambiente 1973-1976 incluye la mejora de la calidad de las aguas superficiales entre sus objetivos primordiales, lo que reitera en los sucesivos Programas” (MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho ambiental...*, ob. cit., p. 193); ORDÓÑEZ SOLÍS, David, “Aguas, medio ambiente y Unión Europea. La política comunitaria europea de aguas: armonización y financiación”, en *Nuevo Derecho de aguas*, Ed. Thomson-Cívitas, Navarra, 2007, p.p. 101-102; COMISIÓN EUROPEA, *El agua es la vida: La Directiva Marco...*, ob. cit., p. 10.

que se fundan en el marco de los objetivos de la política comunitaria de medioambiente, recogidos en el artículo 174.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea⁷⁷⁶, en el que se engloba la protección y mejora del medio ambiente y, por ende, la del agua.

Actualmente, encontramos un sistema europeo de protección de la calidad de las aguas, incidiendo de forma significativa dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Y es que la defensa de los recursos hídricos ha sido una prioridad dentro de la Unión Europea y su protección se ha venido reforzando por una serie de normativas y resoluciones europeas⁷⁷⁷, como la Resolución del Consejo de 7 de febrero de 1983, en materia de lucha contra la contaminación de las aguas, y como se reconoce en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, titulada “Política de tarificación y uso sostenible de los recursos hídricos” del 27 de julio de 2000 COM (2000): “El agua constituye una de las prioridades ambientales de la Comisión Europea”⁷⁷⁸.

Por lo tanto, insistimos, los recursos hídricos no han quedado relegados para la Unión Europea, constituyendo un importante sector para la política ambiental de Europa⁷⁷⁹, y es que podemos observar como se han emitido Directivas sobre la

⁷⁷⁶ Artículo 174.1: “La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos: la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente; la protección de la salud de las personas; la utilización prudente y racional de los recursos naturales; el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente”.

⁷⁷⁷ El interés por el agua dentro de Europa se puede ver reflejado desde la Carta del Agua, aprobada por el Consejo de Europa en Estrasburgo en 1968, la cual señala que los recursos de agua dulce no son inagotables, por ello es indispensable su preservación y control, además, si es posible, acrecentarlos. Debemos destacar tres de sus principales aportaciones: Principio 1: Sin agua no hay vida posible. Es un bien preciado, indispensable a toda actividad humana; Principio 3: Alterar la calidad del agua es perjudicar la vida del hombre y de los otros seres vivos que de ella dependen; Principio 10: El agua es un patrimonio común, cuyo valor todos tienen que conocer. Cada persona tiene el deber de ahorrarla y de usarla con cuidado. MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental, T. II*,..., ob. cit., p.3.

⁷⁷⁸ FORTES MARTÍN, Antonio, *Vertidos y calidad ambiental de las aguas. Regulación jurídico-administrativa*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005, p. 23.

⁷⁷⁹ FORTES MARTÍN, Antonio, *Vertidos y calidad ambiental de las aguas*..., ob. cit., p. 24; TIRADO ROBLES, Carmen, “Consideraciones generales sobre la política medioambiental y de aguas en la Unión Europea”, en *Gestión del agua y descentralización política*, Ed. Aranzadi/Thomson-Reuters, Pamplona, 2009, p. 446; MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho ambiental*..., ob. cit., p.p. 199-200; MARTÍN MATEO, Ramón, “Evolución del régimen de tutela ambiental de las aguas continentales”..., ob. cit., p.p. 176-178; NAVARRO

regulación de los vertidos⁷⁸⁰; sobre objetivos y parámetros de calidad de las aguas⁷⁸¹; sobre contaminación de las aguas causada por fuentes difusas⁷⁸²; sobre el control de vertidos de hidrocarburos y otras sustancias peligrosas en el mar⁷⁸³.

ORTEGA, Asensio, “Derecho de aguas”..., ob. cit., p. 321; para legislación europea sobre aguas véase la página Web: http://europa.eu/legislation_summaries/environment/water_protection_management/index_es.htm

⁷⁸⁰ **Directiva 76/464** del Consejo, de 4 de mayo de 1976, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad; **Directiva 80/68** del Consejo, de 17 de diciembre de 1979, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas; **Directiva 86/280** del Consejo, de 12 de junio 1986, relativa a los valores límite y los objetivos de calidad para los residuos de determinadas sustancias peligrosas comprendidas en la lista I del anexo de la Directiva 76/464; **Directiva 91/271** de Consejo, de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas; **Directiva 98/15** de la Comisión, de 27 de febrero de 1998, por la que se modifica la Directiva 97/271, del Consejo, en relación con determinados requisitos establecidos en su anexo I; **Directiva 2000/60**, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas; **Directiva 2006/11/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2006, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad; **Directiva 2006/118/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro; **Directiva 2008/1/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2008, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación.

⁷⁸¹ **Directiva 75/160**, de 16 de junio, relativa a la calidad de las aguas superficiales destinadas a la producción de agua potable; **Directiva 75/440**, de 16 de junio, relativa a la calidad requerida por las aguas superficiales destinadas a la producción de agua potable en los Estados miembro; **Directiva 76/160**, de 8 de diciembre, relativa a la calidad de las aguas de baño; **Directiva 78/659**, de 18 de julio, relativa a la calidad de las aguas continentales para ser aptas para la vida de los peces; **Directiva 79/869**, de 9 de octubre, relativa a los métodos de medición y la frecuencia de muestreos y análisis de las aguas superficiales destinadas a la producción de agua potable; **Directiva 79/923**, de 30 de octubre, relativa a la calidad exigida a las aguas para la cría de moluscos; **Directiva 82/176**, de 22 de marzo, relativa a los valores límite y a los objetivos de calidad para los vertidos de mercurio del sector de las electrólisis de los cloruros alcalinos; **Directiva 83/513**, de 26 de septiembre, relativa a los valores límite y a los objetivos de calidad para los vertidos de cadmio; **Directiva 84/156**, de 8 de marzo, relativa a los valores límite y a los objetivos de calidad para los vertidos de mercurio de los sectores distintos a la electrólisis de los cloruros alcalinos; **Directiva 84/491**, de 9 de octubre, relativa a los valores límite y a los objetivos de calidad para los vertidos de hexaclorociclohexano; **Directiva 86/820**, de 12 de junio, relativa a los vertidos de tetracloruro de carbono, DDT y pentaclorofenol; **Directiva 88/347**, de 16 de junio, para los vertidos de aldrin, dieldrin, endrin, isodrin, hexaclorobenceno, hexaclorobutadieno y cloroformo; **Directiva 90/415**, de 27 de julio, relativa a los vertidos de 1,2-dicloroetano (ECD), tricloroetileno (TRI), cloroetileno (PER) y triclorobenceno (TBC); **Directiva 98/83**, de 3 de noviembre, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano; **Directiva 2006/7**, de 15 de febrero, relativa a la gestión de la calidad de las aguas de baño y por la que se deroga la Directiva 76/160; **Directiva 2006/44/CE**, de 6 de septiembre de 2006, relativa a la calidad de las aguas continentales que requieren protección o mejora para ser aptas para la vida de los peces; **Directiva 2006/113/CE**, de 12 de diciembre de 2006, relativa a

La postura comunitaria, por una dirección integrada para una destacada administración de los recursos hídricos, se engendra principalmente en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo el 21 de febrero de 1996, con el título “La política de aguas de la Comunidad Europea” COM (96)⁷⁸⁴. Dicha Comunicación manifiesta el camino adquirido por la Comisión en lo relativo a la protección de las aguas comunitarias⁷⁸⁵, donde también dispone, como principales objetivos, los siguientes:

- a. Garantizar el abastecimiento de agua potable;
- b. Garantizar el abastecimiento de agua potable o de aguas no destinadas al consumo humano para necesidades económicas distintas al consumo humano;

la calidad exigida a las aguas para cría de moluscos; **Directiva 2007/60/CE**, de 23 de octubre de 2007, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación.

⁷⁸² **Directiva 91/676**, de 12 de diciembre, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura.

⁷⁸³ **Resolución 708/78** del Consejo, de 26 de junio, por la que se adopta un programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de control y reducción de la contaminación causada por el vertido de hidrocarburos en el mar; **Decisión 2000/2850**, de 20 de diciembre, por la que se establece un marco comunitario de cooperación en ámbito de la contaminación marina accidental o deliberada; **Decisión 2455/2001** del Parlamento y del Consejo, de 20 de noviembre, por la que se aprueba la lista de sustancias prioritarias en el ámbito de la política de aguas y por la que se modifica la Directiva 2000/60; **Decisión 2005/646** de la Comisión, de 17 de agosto, relativa a la creación de un registro de puntos para construir la red de intercalibración de conformidad con la Directiva 2000/60.

⁷⁸⁴ Véanse FORTES MARTÍN, Antonio, *Vertidos y calidad ambiental de las aguas...*, ob. cit., p. 26; TIRADO ROBLES, Carmen, “Derecho comunitario de aguas”, en *Diccionario de Derecho de aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p. 569. En la introducción de la COM96, se manifiesta la solicitud del Consejo y de la Comisión de medio ambiente del Parlamento Europeo, para revisar la política comunitaria de las aguas, para lo cual la Comunicación se “centra en el enfoque adoptado por la Comisión en relación con la protección de las aguas”, que se debe considerar como una “continuación de elementos relativos a la protección de las aguas”, por lo que la principal conclusión que se emite de la Comunicación es “la necesidad de una directiva marco relativa a los recursos hídricos” (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Comunicación de la comisión al consejo y al parlamento europeo. La política de aguas de la Comunidad Europea, COM(96) ..., ob. cit., p. 1).

⁷⁸⁵ PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”..., ob. cit., p.p. 528-529.

- c. Protección y preservación del medio ambiente, particularmente del medio acuático;
- d. Limitación de los efectos adversos provocados por las catástrofes naturales.

5.4.1. Directiva Marco de Aguas 2000/60/CE

Con el nacimiento de la ya mencionada Comunicación y junto con la legislación existente en materia de gestión y contaminación de aguas, se prospera en la creencia de que existe la necesidad de acoger una Directiva Marco de Aguas⁷⁸⁶, por lo que fue durante la vigencia del V Programa acción medioambiental cuando se elabora esta Directiva⁷⁸⁷. Se trata de la Directiva 2000/60/CE, a la que también se conoce como DMA, que cobra importancia mediante el planteamiento sobre la protección de las aguas a través de un enfoque general⁷⁸⁸. Y es que la gestión integral y sustentable del

⁷⁸⁶ En los años 90, la Comunidad Europea se da cuenta que no bastaba con la legislación existente hasta ese momento, por lo que surgió una propuesta de una Directiva sobre calidad ecológica de las aguas, que la Comisión presentó al Consejo en el año 1994. En el debate subsecuente con las instituciones comunitarias se observó que esta propuesta era muy complicada para el panorama de la política comunitaria de aguas, por lo que se decidió simplificarla, al mismo tiempo que hacerla mas coherente y ambiciosa. Fue entonces cuando se consolidó la vía hacia la actual DMA, cuya propuesta presentó la Comisión poco después de que fue aprobada en codecisión por el Consejo y el Parlamento Europeo en el año 2000. Esta nueva Directiva se distingue por ser *original, ambiciosa, amplia y compleja*, ya que surge cuando la legislación comunitaria en materia de aguas se enfocaba a la calidad del agua y limitar su contaminación, en las que no existía una protección real de los ecosistemas acuáticos. CASTROVIEJO BOLÍVAR, Miguel, “La aplicación de la Directiva Marco de Aguas en la Unión Europea”, en *Revista General de Derecho Europeo*, N° 18, 2009, p.p. 2-3.

⁷⁸⁷ TIRADO ROBLES, Carmen, “Consideraciones generales sobre la política medioambiental y de aguas en la Unión Europea”..., ob. cit., p. 439; TIRADO ROBLES, Carmen, “Derecho comunitario de aguas”..., ob. cit., p. 578. “En el año 2000, la UE dio un gran paso adelante con la adopción de la Directiva marco sobre aguas, por la que se establece la obligación jurídica de proteger y restaurar la calidad de las aguas en toda Europa. La Directiva introdujo un enfoque innovador con respecto a la gestión de las aguas, basado no en las fronteras administrativas o políticas nacionales, sino en las formaciones geográficas e hidrológicas naturales: las cuencas hidrográficas. También exige la coordinación de las distintas políticas comunitarias en un marco de actuación. Además, establece un calendario de actuaciones preciso, fijando 2015 como fecha objetivo para que todas las aguas de la UE se encuentren en buenas condiciones” (COMISIÓN EUROPEA, *El agua es la vida: La Directiva Marco*..., ob. cit., p.6).

⁷⁸⁸ Véanse FORTES MARTÍN, Antonio, *Vertidos y calidad ambiental de las aguas*..., ob. cit., p. 26; EMBID IRUJO, Antonio, “Evolución del Derecho...”, ob. cit., p. 61; PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”..., ob. cit., p. 527; CABEZAS CALVO-RUBIO, Francisco, “La Directiva Marco de Aguas europea y la legislación de aguas española”, en *Revista La Ley*, N° 7366, 2010, p. 4; CASTROVIEJO BOLÍVAR, Miguel, “La aplicación de la

recurso hídrico, así como la protección de la calidad de las aguas, son fundamentales para garantizar una tutela bien cimentada sobre el medio, en donde la Directiva 2000/60 juega un papel muy importante. Es por ello que, en la regulación de los vertidos, dicho Ordenamiento introduce un método de control de la calidad del medio acuático dentro de la UE considerablemente riguroso, si bien es cierto que esta Directiva tiene relación con las anteriores Directivas que, aunque parcialmente, ya habían abordado la regulación de los vertidos en los recursos hídricos, por lo que debe entenderse como complementaria a lo establecido con carácter precedente por las Directivas 76/464 y 80/68⁷⁸⁹.

La DMA centra la protección en un marco general de las aguas superficiales continentales, las aguas de transición, las aguas costeras y las aguas subterráneas (art. 1)⁷⁹⁰, subrayando la importancia cuantitativa y no solamente cualitativa de las aguas⁷⁹¹.

Directiva Marco de Aguas..., ob. cit., p.1; ORDÓÑEZ SOLÍS, David, "Aguas, medio ambiente y Unión Europea...", ob. cit., p. 103; NAVARRO ORTEGA, Asensio, "Derecho de aguas"..., ob. cit., p. 321; COMISIÓN EUROPEA, *El agua es la vida: La Directiva Marco...*, ob. cit., p. 10; MEDINA DE LEMUS, Manuel, *Medio ambiente. Protección y responsabilidad*, Ed. Dilex, Madrid, 2007, p.p. 122-124.

⁷⁸⁹ FORTES MARTÍN, Antonio, *Vertidos y calidad ambiental de las aguas...*, ob. cit., p. 43.

⁷⁹⁰ "El objeto de la presente Directiva es establecer un marco para la protección de las aguas superficiales continentales, las aguas de transición, las aguas costeras y las aguas subterráneas que: a) prevenga todo deterioro adicional y proteja y mejore el estado de los ecosistemas acuáticos y, con respecto a sus necesidades de agua, de los ecosistemas terrestres y humedales directamente dependientes de los ecosistemas acuáticos; b) promueva un uso sostenible del agua basado en la protección a largo plazo de los recursos hídricos disponibles; c) tenga por objeto una mayor protección y mejora del medio acuático, entre otras formas mediante medidas específicas de reducción progresiva de los vertidos, las emisiones y las pérdidas de sustancias prioritarias, y mediante la interrupción o la supresión gradual de los vertidos, las emisiones y las pérdidas de sustancias peligrosas prioritarias; d) garantice la reducción progresiva de la contaminación del agua subterránea y evite nuevas contaminaciones; y e) contribuya a paliar los efectos de las inundaciones y sequías, y que contribuya de esta forma a: garantizar el suministro suficiente de agua superficial o subterránea en buen estado, tal como requiere un uso del agua sostenible, equilibrado y equitativo; reducir de forma significativa la contaminación de las aguas subterráneas; proteger las aguas territoriales y marinas".

⁷⁹¹ Considerando 19 de la Directiva: "La presente Directiva tiene por objeto mantener y mejorar el medio acuático de la Comunidad. Este objetivo se refiere principalmente a la calidad de las aguas afectadas. El control cuantitativo es un factor de garantía de una buena calidad de las aguas y, por consiguiente, deben establecerse medidas cuantitativas subordinadas al objetivo de garantizar una buena calidad". Para CABEZAS CALVO-RUBIO la DMA se trata de un "texto básico que incide de forma directa y muy importante sobre los aspectos cualitativos ambientales de las aguas y, de forma lateral, y al hilo de éstos, sobre los aspectos de la muy extensa y compleja regulación del agua" (CABEZAS CALVO-RUBIO, Francisco, "La Directiva Marco de Aguas europea y la legislación...", ob. cit., p. 5).

El artículo 4 de la Directiva se refiere a la implementación de una nueva política para la protección y mejora del agua, así como los objetivos medioambientales, al poner en práctica los programas de medidas, especificados en los planes hidrológicos de cuenca, mediante la reducción, interrupción o supresión, ya sea progresiva o gradual, de los vertidos de sustancias peligrosas prioritarias⁷⁹². Para los objetivos que se propone lograr, la DMA marca la diferencia entre aguas superficiales, aguas subterráneas y zonas protegidas⁷⁹³:

Por otra parte, la DMA supone la unificación de todo el conjunto legislativo existente hasta ese momento, puesto que dichas normas se encontraban dispersas en varias Directivas. En cambio, la DMA propone un sentido integrado y global, por lo que va a permitir que en estos años la Comunidad lleve a cabo una “completa renovación de su política de aguas”. También, dicha política, debe de llevarse a cabo de una “manera horizontal”, ya que afecta “otros ámbitos políticos comunitarios, tales como las políticas en materia de energía, transporte, agricultura, pesca, política regional y turismo”, como

⁷⁹² FORTES MARTÍN, Antonio, *Vertidos y calidad ambiental de las aguas...*, ob. cit., p. 44. Para la consecución de los objetivos medioambientales es imprescindible la “ordenación y control de vertidos; a la adopción de la cuenca hidrográfica como criterio de gestión que necesariamente ha de repercutir en el control de vertidos; a los instrumentos de programación y planificación como marco adecuado para la concreción de las actuaciones a llevar a cabo en la ordenación de este recurso; y, por último, a las nuevas estrategias para combatir la contaminación de las aguas causadas por vertidos” (CASADO CASADO, Lucía, *La regulación de los vertidos en aguas continentales en el Derecho Comunitario, hacia un enfoque ambiental y global en la protección de las aguas*, Ed. Cedecs, Barcelona, 2005, p. 157); CABEZAS CALVO-RUBIO, Francisco, “La Directiva Marco de Aguas europea y la legislación...”, ob. cit., p. 5.

⁷⁹³ El objeto principal en las *aguas superficiales* es la de prevenir más el deterioro de su estado, para lo cual “los Estados deberán proteger, mejorar y regenerar todas las masas de agua superficial, con objeto de alcanzar un buen estado de las mismas, a más tardar 15 años después de la entrada en Vigor de dicha Directiva”. Por lo que a las *aguas subterráneas* respecta, “se impone a los Estados la adopción de las medidas necesarias para evitar o limitar la entrada de contaminantes y evitar el deterioro de su estado. La protección, mejora y regeneración de todas las masas de agua subterráneas y la garantía de equilibrio entre la extracción y la alimentación de las aguas, con el objeto de alcanzar un buen estado de las aguas subterráneas, a más tardar 15 años después de la entrada en vigor de la Directiva en cuestión”. Para las *zonas protegidas*, “los Estados miembros deberán lograr el cumplimiento de todas las normas y objetivos a más tardar 15 años después de la entrada en vigor de esta Directiva, a menos que se especifique otra cosa en el acto legislativo comunitario en virtud del cual haya sido establecida cada una de las zonas protegidas”. CASADO CASADO, Lucía, *La regulación de los vertidos en aguas continentales...*, ob. cit., p.p 157-159.

se indica en el considerando 16⁷⁹⁴. Así pues, la DMA hace grandes aportaciones para la protección del recurso en Europa, centrándose en la protección de todos los ecosistemas ligados al agua; pretende lograr un buen estado de todas las aguas en 2015; incorpora como novedad el concepto de estado ecológico; organización de la administración por cuencas hidrográficas; obligación de cooperación internacional; pago por los usos del agua; garantía de un proceso participativo⁷⁹⁵.

Sin embargo, otras Directivas fueron derogadas a causa de la DMA, después de su entrada en vigor, que tuvo lugar el día de su publicación en el DOCE, el 22 de diciembre de 2000⁷⁹⁶. En ella se otorgaron 7 y 13 años para proceder a una derogación paulatina y no inmediata, y así, en diciembre de 2007 quedaron derogadas las Directivas 75/440, 77/795, 79/869, y en diciembre de 2013 se derogan las Directivas 76/464, 80/68, 78/659 y 79/923 (artículo 22 DMA)⁷⁹⁷.

Después de su aprobación, los Estados miembros tenían como obligación transponer a su derecho interno la DMA, con la fecha límite del 23 de diciembre de 2003. Por su parte, para los nuevos Estados miembros la fecha era la de su incorporación a la Unión Europea⁷⁹⁸. No obstante, los Estados con más antigüedad se

⁷⁹⁴ Considerando 16 de la Directiva: “Es necesaria una mayor integración de la protección y la gestión sostenible del agua en otros ámbitos políticos comunitarios, tales como las políticas en materia de energía, transporte, agricultura, pesca, política regional y turismo. La presente Directiva sentará las bases de un diálogo continuado y de la elaboración de estrategias encaminadas a reforzar la integración de los diferentes ámbitos políticos. La presente Directiva puede aportar también una importante contribución a otros ámbitos de cooperación entre los Estados miembros, como la Perspectiva del desarrollo territorial europeo”. TIRADO ROBLES, Carmen, “Consideraciones generales sobre la política medioambiental y de aguas en la Unión Europea”..., ob. cit., p. 439.

⁷⁹⁵ CASTROVIEJO BOLÍVAR, Miguel, “La aplicación de la Directiva Marco de Aguas...”, ob. cit., p.3.

⁷⁹⁶ TIRADO ROBLES, Carmen, “Consideraciones generales sobre la política medioambiental y de aguas en la Unión Europea”..., ob. cit., p. 440; TIRADO ROBLES, Carmen, “Derecho comunitario de aguas”..., ob. cit., 580.

⁷⁹⁷ FORTES MARTÍN, Antonio, *Vertidos y calidad ambiental de las aguas...*, ob. cit., p. 27; DELGADO PIQUERAS, Francisco, “La protección ambiental de las aguas continentales”, en *Tratado de Derecho ambiental*, Dirs. Luis Ortega Álvarez/Consuelo Alonso García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 461.

⁷⁹⁸ CASTROVIEJO BOLÍVAR, Miguel, “La aplicación de la Directiva Marco de Aguas...”, ob. cit., p. 5. Para más información sobre el calendario y niveles de aplicación de la DMA, véase COMISIÓN EUROPEA, *El agua es la vida: La Directiva Marco...*, ob. cit., p.p. 16-17.

encontraban en una situación desigual, por lo que la mayoría de ellos no pudieron respetar la fecha límite, y como consecuencia la Comisión de las Comunidades Europeas interpuso una demanda ante el Tribunal de Justicia⁷⁹⁹, al no cumplir el plazo para adaptar la DMA al Derecho interno, contra cinco miembros (Bélgica Asunto C-33/05, Alemania Asunto C-67/05, Italia Asunto C-85/05, Luxemburgo Asunto C-32/05 y Portugal Asunto C-118/05), en la que resultaron condenados por incumplimiento de Estado. Solamente cuatro países cumplieron con dicho plazo: España, Irlanda, Dinamarca y Austria⁸⁰⁰.

5.4.2. Transposición del Derecho comunitario al Derecho español en materia hídrica (especial referencia a las Directivas 76/464, 80/68 y 2000/60)

Desde la entrada de España a la Unión Europea, numerosas Directivas han sido adoptadas, dando lugar a la supranacionalidad establecida en el artículo 93 de la CE⁸⁰¹,

⁷⁹⁹ Cuando la aplicación del Derecho emanado de la Unión no se cumple, generalmente la Comisión Europea impulsa un procedimiento por incumplimiento, que debe de seguir un procedimiento administrativo antes de llegar al Tribunal de Justicia, con la finalidad de que las autoridades nacionales realicen los ajustes necesarios que sean acordes con las exigencias comunitarias. En el caso de que las autoridades nacionales no resuelvan, la Comisión Europea puede llevar el asunto al Tribunal de Justicia, el cual podrá declarar el incumplimiento del Estado. Alrededor de un tercio de los recursos por incumplimiento son de medioambiente o tienen alguna relación con éste, y existen numerosas sentencias condenatorias para los Estados miembro en materia de aguas. Además, en el caso de que se incumplan las sentencias, el Tribunal, mediante la propuesta de la Comisión Europea, puede solicitar una ejecución forzosa mediante multas coercitivas hasta el cumplimiento de las obligaciones comunitarias. Véase ORDÓÑEZ SOLÍS, David, “Aguas, medio ambiente y Unión Europea...”, ob. cit., p. 115.

⁸⁰⁰ Además, la Comisión comenzó a analizar los contenidos de las disposiciones nacionales que habían transpuesto la normativa europea, poniendo especial énfasis en obligaciones que marca la Directiva como: la definición de objetivos ambientales (artículo 4 y conexos); las disposiciones relativas a la recuperación de costes (artículo 9 y conexos); la participación pública (artículo 14 y conexos). “El resultado es así muy dispar y ha encontrado que mucho Estados miembros (tantos como 19) tienen lagunas muy importantes en cuanto a las obligaciones derivadas de estos artículos 4, 9 y 14, lo que a su vez puede entrañar importantes dificultades para el cumplimiento de la directiva en sí misma” (CASTROVIEJO BOLÍVAR, Miguel, “La aplicación de la Directiva Marco de Aguas...”, ob. cit., p. 5); DELGADO PIQUERAS, Francisco, “La transposición de la Directiva Marco de Aguas en España”, en *RAP*, N° 165, 2004, p. 183.

⁸⁰¹ “Mediante Ley orgánica se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos Tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

y es que la normativa europea ha sido de suma importancia para los Ordenamientos nacionales y su acoplamiento para enfrentar la problemática hídrica ha sido fundamental para garantizar la buena calidad de las aguas en el continente europeo⁸⁰².

En este sentido, podemos decir que el Derecho comunitario ha ayudado decisivamente a orquestar parte del desarrollo del actual Derecho de aguas español, y es que el país ha tenido que adoptar más de 20 Directivas en materia de aguas, teniendo que adaptarse en poco tiempo a los modelos más estrictos y recientes métodos que provienen de Europa. Así pues, España se ha visto forzada a implementar una dirección primordialmente delimitada por las inquietudes y problemas ecológicos de los Estados miembros del centro y norte de Europa, en cuyo desarrollo únicamente ha comenzado a participar recientemente. Si bien es cierto que el camino recorrido no ha sido fácil, por los obstáculos encontrados, a pesar de ello, el proceso de adaptación al ámbito comunitario debe considerarse como una renovación sustancial del marco jurídico regulador de las aguas, y es que se introduce un acervo muy nutrido en la tutela ambiental mediante métodos e instrumentos para el cuidado de las aguas, acentuando herramientas con las que se podrá prevenir, proteger y mejorar la calidad de los recursos hídricos, como son la prevención y el control de la contaminación, la tarificación, la planificación, los códigos de buenas prácticas agrarias, etc⁸⁰³.

Así pues, la aplicación de las Directivas 76/464/CEE y 80/68/CEE en España tiene reflejo en la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas, y el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el reglamento del Dominio Público Hidráulico, así como la Orden de 12 de noviembre de 1987, sobre normas de emisión, objetivos de calidad y métodos de medición de referencia relativos a determinadas sustancias

⁸⁰² En cuanto a la ejecución del Derecho ambiental comunitario, debe en todos los sentidos corresponder a los Estados la aplicación de este Derecho que emana de la Comunidad Europea, ya que el Tratado de la Comunidad Europea así lo establece en su artículo 175.4 : “sin perjuicio de determinadas medidas de carácter comunitario, los Estados miembro tendrán a su cargo la financiación y ejecución de la política en materia de medio ambiente” (LOZANO CUTANDA, Blanca/ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *Administración y legislación ambiental...*, ob. cit., p. 154); CASADO CASADO, Lucía, *La regulación de los vertidos en aguas continentales...*, ob. cit., p. 201; DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia, *La administración hidráulica española...*, ob. cit., p.p. 298-299.

⁸⁰³ CASADO CASADO, Lucía, *La regulación de los vertidos en aguas continentales...*, ob. cit., p. 203.

peligrosas contenidas en los vertidos de aguas residuales, modificada mediante las Órdenes de 13 de marzo de 1989, de 27 de febrero de 1991 y de 25 de mayo de 1992⁸⁰⁴.

Además, podemos observar que gradualmente se han ido introduciendo los nuevos retos que exige la Comunidad Europea para la calidad y la buena gestión del líquido. En este sentido, la LA y el RDPH fueron fuertemente influidas por las Directivas 76/464 y 86/68, de manera que las exigencias europeas se han introducido poco a poco, dando lugar a varias reformas. Incluso el TRLA ha profundizado en la contemplación de una mayor importancia ecológica de las aguas, como sucedió en el año 2003, con la aprobación de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que modifica el TRLA con el fin de incorporar al Ordenamiento jurídico español la Directiva Marco de Aguas. El consentimiento para la realización de vertidos se establece en el Ordenamiento jurídico español como una clara expresión del principio de acción preventiva consagrado en el artículo 174.2 (ex artículo 130R.2) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). Dicha autorización viene a interrumpir, de forma excepcional, la prohibición inicial de contaminar y, de este modo, la Administración posee un fuerte instrumento de control. El Derecho comunitario ha fijado estándares de contaminación para la autorización de vertido, lo que el Derecho español ha implementado en el RDPH, en donde introduce las relaciones de sustancias contaminantes, siguiendo así lo establecido en las Directivas europeas⁸⁰⁵.

⁸⁰⁴ CASADO CASADO, Lucía, *La regulación de los vertidos en aguas continentales...*, ob. cit., p. 203.

⁸⁰⁵ También debemos mencionar que España ha sido condenada por incumplimiento, mediante Sentencia del TJCE de 25 de noviembre de 1998, por no haber adoptado programas de reducción de la contaminación para las sustancias de la lista II, en el marco de la aplicación de la Directiva 76/464/CEE. De igual forma, el país ha sido condenado en otras dos ocasiones, por el TJCE, mediante Sentencia de 12 de febrero de 1998, en la que se le condenó por incumplir las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 76/160/CEE, al no adoptar las disposiciones necesarias para que la calidad de las aguas de baño interiores en el territorio español se ajusten a los valores límites establecidos en la misma, así como en la Sentencia de 25 de noviembre de 2003, en la que se condena a España a pagar una multa coercitiva por continuar incumpliendo las disposiciones de la Directiva 76/160/CEE. Asimismo, en materia de aguas de consumo humano, existe una Sentencia del TJCE declarativa del incumplimiento de dicho país, por no haber adoptado disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir con la Directiva 98/83/CE (Sentencia de 16 de enero de 2003). CASADO CASADO, Lucía, *La regulación de los vertidos en aguas continentales...*, ob. cit., p.p. 204-206.

Por otra parte, en el Ordenamiento español se introduce la prevención y el control integrados de la contaminación, en virtud de la Directiva 96/61/CE del Consejo de 24 de septiembre, a la que se le llama también IPPC. La incorporación de dicha Directiva al Derecho nacional ha venido por conducto de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación LPCIC, si bien el 27 de febrero de 1998 aparece en Cataluña la Ley 3/1998, de la intervención integral de la Administración ambiental. Recientemente, se ha aprobado la Directiva 2008/1/CE, la cual codifica la Directiva 96/61/CE, por lo que la sustituye. Se trata de una modificación formal en la que se agrupan en un solo acto la Directiva original y sus modificaciones sucesivas, sin cambios de las disposiciones fundamentales. La LPCIC tiene como objeto, para determinadas instalaciones industriales enumeradas en el Anexo I de la mencionada ley, un enfoque integrado de la contaminación, en el que se controlan de manera conjunta y coordinada las distintas emisiones a las aguas, a la atmósfera y al suelo, objeto que exige la puesta en marcha de mecanismos de colaboración y coordinación entre los distintos niveles de gobierno. Como afirma CASADO CASADO, “el control integrado de la contaminación recogido en la LPCIC y, por ende, la autorización ambiental integrada, aportará grandes novedades para el control de los vertidos”. Dicha Ley vincula la autorización sectorial de vertido a la autorización ambiental integrada, como parte de la misma, para las instalaciones que se encuentren sometidas a la LPCIC⁸⁰⁶.

De igual forma, la Directiva Marco de Aguas viene a repercutir en el Ordenamiento jurídico español, sobre todo en sus objetivos de protección, implementando su transposición mediante el artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, “de medidas fiscales, administrativas y del orden social”, el cual modifica el TRLA⁸⁰⁷. De esta manera, desde el artículo 1.2 y 1.3 del TRLA se adopta la protección planteada por la DMA en su artículo 1, dirigida hacia “las aguas superficiales

⁸⁰⁶ CASADO CASADO, Lucía, *La regulación de los vertidos en aguas continentales...*, ob. cit., p.p. 208-209.

⁸⁰⁷ DELGADO PIQUERAS, Francisco, “La transposición de la Directiva Marco...”, ob. cit., p. 183; DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia, *La administración hidráulica española...*, ob. cit., p. 299.

continentales, las aguas de transición, las aguas costeras y las aguas subterráneas”⁸⁰⁸. Con ello, se incorporan como objeto el establecimiento de normas básicas para la protección de las aguas continentales dentro del TRLA, lo cual se concibe como un avance para la regulación común de las aguas europeas, previsto por la DMA⁸⁰⁹.

Los objetivos medioambientales que se establecen en el artículo 4 de la DMA, se pueden ver reflejados en los artículos 92 TRLA sobre “objetivos de la protección de las aguas y del Dominio Público Hidráulico”⁸¹⁰, y 92 bis sobre “objetivos

⁸⁰⁸ TRLA: 1.2. Es también objeto de esta Ley el establecimiento de las normas básicas de protección de las aguas continentales, costeras y de transición, sin perjuicio de su calificación jurídica y de la legislación específica que les sea de aplicación. 1.3. Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico. En el artículo 2 de la Directiva define lo que se entiende por: "aguas superficiales": las aguas continentales, excepto las aguas subterráneas; las aguas de transición y las aguas costeras, y, en lo que se refiere al estado químico, también las aguas territoriales; "aguas subterráneas": todas las aguas que se encuentran bajo la superficie del suelo en la zona de saturación y en contacto directo con el suelo o el subsuelo; "aguas continentales": todas las aguas quietas o corrientes en la superficie del suelo y todas las aguas subterráneas situadas hacia tierra desde la línea que sirve de base para medir la anchura de las aguas territoriales; "aguas de transición": masas de agua superficial próximas a la desembocadura de los ríos que son parcialmente salinas como consecuencia de su proximidad a las aguas costeras, pero que reciben una notable influencia de flujos de agua dulce; "aguas costeras": las aguas superficiales situadas hacia tierra desde una línea cuya totalidad de puntos se encuentra a una distancia de una milla náutica mar adentro desde el punto más próximo de la línea de base que sirve para medir la anchura de las aguas territoriales y que se extienden, en su caso, hasta el límite exterior de las aguas de transición.

⁸⁰⁹ CASADO CASADO, Lucía, *La regulación de los vertidos en aguas continentales...*, ob. cit., p. 210; DELGADO PIQUERAS, Francisco, “La transposición de la Directiva Marco...”, ob. cit., p.p. 183-184.

⁸¹⁰ a. Prevenir el deterioro, proteger y mejorar el estado de los ecosistemas acuáticos, así como de los ecosistemas terrestres y humedales que dependan de modo directo de los acuáticos en relación con sus necesidades de agua; b. Promover el uso sostenible del agua protegiendo los recursos hídricos disponibles y garantizando un suministro suficiente en buen estado; c. Proteger y mejorar el medio acuático estableciendo medidas específicas para reducir progresivamente los vertidos, las emisiones y las pérdidas de sustancias prioritarias, así como para eliminar o suprimir de forma gradual los vertidos, las emisiones y las pérdidas de sustancias peligrosas prioritarias; d. Garantizar la reducción progresiva de la contaminación de las aguas subterráneas y evitar su contaminación adicional; e. Paliar los efectos de las inundaciones y sequías; f. Alcanzar, mediante la aplicación de la legislación correspondiente, los objetivos fijados en los tratados internacionales en orden a prevenir y eliminar la contaminación del medio ambiente marino; g. Evitar cualquier acumulación de compuestos tóxicos o peligrosos en el subsuelo o cualquier otra acumulación, que pueda ser causa de degradación del dominio público hidráulico; h. Garantizar la asignación de las aguas de mejor calidad de las existentes en un área o región al abastecimiento de poblaciones.

medioambientales”⁸¹¹, en donde se hace una diferencia entre los que resultan aplicables a las aguas superficiales, a las aguas subterráneas, a las zonas protegidas y a las masas de aguas artificiales y masas de agua muy modificadas⁸¹². Bajo estos planteamientos, las autorizaciones de vertido⁸¹³ tendrán como finalidad la consecución de los objetivos medioambientales establecidos⁸¹⁴, además de un planteamiento combinado de la lucha contra la contaminación⁸¹⁵, y de incorporar las mejores técnicas disponibles o MTD,

⁸¹¹ Para las aguas superficiales: a'. Prevenir el deterioro del estado de las masas de agua superficiales; b'. Proteger, mejorar y regenerar todas las masas de agua superficial con el objeto de alcanzar un buen estado de las mismas; c'. Reducir progresivamente la contaminación procedente de sustancias prioritarias y eliminar o suprimir gradualmente los vertidos, las emisiones y las pérdidas de sustancias peligrosas prioritarias. Para las aguas subterráneas: a'. Evitar o limitar la entrada de contaminantes en las aguas subterráneas y evitar el deterioro del estado de todas las masas de agua subterránea; b'. Proteger, mejorar y regenerar las masas de agua subterránea y garantizar el equilibrio entre la extracción y la recarga a fin de conseguir el buen estado de las aguas subterráneas; c'. Invertir las tendencias significativas y sostenidas en el aumento de la concentración de cualquier contaminante derivada de la actividad humana con el fin de reducir progresivamente la contaminación de las aguas subterráneas. Para las zonas protegidas: Cumplir las exigencias de las normas de protección que resulten aplicables en una zona y alcanzar los objetivos ambientales particulares que en ellas se determinen. Para las masas de aguas artificiales y masas de agua muy modificadas: Proteger y mejorar las masas de agua artificiales y muy modificadas para lograr un buen potencial ecológico y un buen estado químico de las aguas superficiales.

⁸¹² CASADO CASADO, Lucía, *La regulación de los vertidos en aguas continentales...*, ob. cit., p.p. 218-219; DELGADO PIQUERAS, Francisco, “La transposición de la Directiva Marco...”, ob. cit., p.p. 205-206; COMISIÓN EUROPEA, *El agua es la vida: La Directiva Marco...*, ob. cit., p. 20.

⁸¹³ El TRLA en su artículo 100.1 considera como vertidos “los que se realicen directa o indirectamente en las aguas continentales, así como en el resto del dominio público hidráulico, cualquiera que sea el procedimiento o técnica utilizada. Queda prohibido, con carácter general, el vertido directo o indirecto de aguas y de productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales o cualquier otro elemento del dominio público hidráulico, salvo que se cuente con la previa autorización administrativa”.

⁸¹⁴ Todos estos objetivos deberán alcanzarse antes del 31 de diciembre de 2015, con excepción del objetivo de prevenir el deterioro del estado de las masas de aguas superficiales, que es exigible desde la entrada en vigor de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. No obstante, la Disposición adicional 11ª TRLA, introducida por la Ley 62/2003, prevé en determinados supuestos, la posibilidad de prórroga del plazo establecido para la consecución de los objetivos ambientales. CASADO CASADO, Lucía, *La regulación de los vertidos en aguas continentales...*, ob. cit., p. 219

⁸¹⁵ Lo cual se adoptó en el Derecho español mediante la Ley 46/1999 y el RD 606/2003, modificando respectivamente, la Ley de Aguas y el Reglamento del Dominio Público Hidráulico. Mediante este “enfoque combinado”, los vertidos son sometidos a unos límites genéricos marcados mediante reglamento, lo cual se basa en los efectos negativos de cada sustancia (normas de emisión). Y es que dichos límites, pueden llegar a estrecharse, dependiendo del lugar concreto en donde se lleve a cabo el vertido, para así poder alcanzar un objetivo ambiental o cumplir con una norma de calidad (normas de inmisión). DELGADO PIQUERAS, Francisco, “La transposición de la Directiva Marco...”, ob. cit., p. 209

teniendo en cuenta las normas de calidad ambiental, así como también los límites de emisión fijados reglamentariamente, como lo establece el artículo 100.2 TRLA⁸¹⁶, el cual adopta el artículo 10.2 de la DMA⁸¹⁷.

De igual forma, la Directiva impone desde su artículo 9 el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua. En el Ordenamiento español, los cánones ya se encontraban en la LA, pero en la nueva regulación se introduce ya dicho principio, manifestando en su artículo 111 bis que “las Administraciones públicas competentes, en virtud del principio de recuperación de costes y teniendo en cuenta proyecciones económicas a largo plazo, establecerán los oportunos mecanismos para repercutir los costes de los servicios relacionados con la gestión del agua, incluyendo los costes ambientales y del recurso, en los diferentes usuarios finales”; además, para “la aplicación del principio de recuperación de costes se tendrán en cuenta las consecuencias sociales, ambientales y económicas, así como las condiciones geográficas y climáticas de cada territorio y de las poblaciones afectadas siempre y cuando ello no comprometa los fines ni el logro de los objetivos ambientales establecidos”⁸¹⁸.

Como hemos podido observar, la importancia del agua para Europa es indudable, al considerar que es un factor decisivo para el desarrollo de cualquier sociedad. Por lo tanto, el impulso para su protección mediante el Derecho ha sido uno de los ejes de su política ambiental, además de financiar programas y proyectos sobre el recurso hídrico. De esta manera, las disposiciones europeas son de gran importancia para el uso y cuidado del agua en los países miembros, y la Directiva Marco de Aguas se considera como fundamental para mejorar el buen estado del agua dentro de la Unión Europea. Se puede decir, como hemos observado, que introduce novedades muy

⁸¹⁶ CASADO CASADO, Lucía, *La regulación de los vertidos en aguas continentales...*, ob. cit., p. 219; DELGADO PIQUERAS, Francisco, “La transposición de la Directiva Marco...”, ob. cit., p. 209

⁸¹⁷ 10.2. Los Estados miembros velarán por el establecimiento y/o la aplicación de: a) los controles de emisión basados en las mejores técnicas disponibles, o b) los valores límite de emisión que correspondan, o c) en el caso de impactos difusos, los controles, incluidas, cuando proceda, las mejores prácticas medioambientales.

⁸¹⁸ Véase DELGADO PIQUERAS, Francisco, “La transposición de la Directiva Marco...”, ob. cit., p.p. 210-211.

importantes para los ordenamientos estatales, lo cual ha ayudado a la gestión de los recursos hídricos de una manera global, lo que incluye a las aguas y ecosistemas que de ella dependen, así como a las aguas saladas. Los puntos más novedosos que se pueden observar en la Directiva Marco de Aguas son los instrumentos de gestión que los países deben elaborar y poner en marcha (planes hidrológicos, programas de medidas), el enfoque integrado hacia la contaminación (controles de vertido), y la recuperación de los costes (canon)⁸¹⁹. Por ello, como señala NAVARRO ORTEGA, “La Directiva marco de aguas está llamada a jugar un papel decisivo en los próximos años en lo que a la protección ambiental y la calidad de las aguas se refiere”⁸²⁰. Debemos esperar a ver lo que ocurre después de 2015, si la Unión Europea dicta una nueva Directiva de aguas o si se fijan nuevos objetivos mediante algún plan para un periodo posterior a dicha fecha, en el que se establezcan nuevas expectativas y metas a cumplir por los países miembros.

5.5. Instrumentos de protección y mejora de las aguas

Junto con lo anteriormente descrito, debemos resaltar el papel fundamental de los mecanismos jurídicos que protegen a los recursos hídricos, mediante instrumentos encaminados a salvaguardar la calidad y cantidad del agua. Es por ello que consideramos de gran importancia mencionar aquí dichas herramientas, que para la presente investigación, las dividiremos en tres grandes grupos: el primero son las medidas previas o “*ex ante*”, el segundo es la *conservación y mejoramiento*, y el tercero son las *medidas sancionadoras o “ex post”*.

⁸¹⁹ Véanse ORDÓÑEZ SOLÍS, David, “Aguas, medio ambiente y Unión Europea...”, ob. cit., p. 129; CABEZAS CALVO-RUBIO, Francisco, “La Directiva Marco de Aguas europea y la legislación...”, ob. cit., p. 6; TIRADO ROBLES, Carmen, “Consideraciones generales sobre la política medioambiental y de aguas en la Unión Europea”..., ob. cit., p. 451; DELGADO PIQUERAS, Francisco, “La transposición de la Directiva Marco...”, ob. cit., p. 186.

⁸²⁰ NAVARRO ORTEGA, Asensio, “Derecho de aguas”..., ob. cit., p. 322.

5.5.1. Medidas de previas (“ex ante”)

Anteriormente nos hemos referido a la prevención desde diferentes ámbitos, considerándola como “una técnica con miras hacia el futuro”, anticipando el daño, es decir, “para que no” sucedan ciertos eventos o acciones que puedan perjudicar lo que se trata de proteger, que en este caso es el medioambiente y concretamente el agua. Lo que se intenta evitar son ciertos tipos de comportamientos que puedan perjudicar a dicho recurso y en este sentido, cabe recordar a LÁZARO CALVO, quien cree que “la mejor forma de proteger el medio ambiente es a través de medidas anticipadoras, para prevenir el daño, en vez de a través de esfuerzos *post-hoc*, para reparar o proporcionar la compensación del daño”. En el ámbito de las aguas, podemos mencionar diversas medidas especialmente preventivas, como la evaluación de impacto ambiental y la planificación hidrológica⁸²¹.

5.5.1.1. Evaluación de impacto ambiental

La evaluación de impacto ambiental (EIA) se considera como una importante medida preventiva, con la que se emite un estudio sobre el coste-beneficio ambiental, pretendiendo determinar y prevenir los daños al medioambiente como consecuencia de las actividades humanas⁸²². Autores como GUTIÉRREZ NAJERA contemplan la EIA

⁸²¹ LÁZARO CALVO, Trinidad, *Derecho internacional del medio...*, ob. cit., p.p. 255-256. También, véanse EMBID IRUJO, Antonio, “Aguas continentales y marinas, protección”, en *Diccionario de Derecho de ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, p. 61; DE MIGUEL PERALES, Carlos, *Derecho español del medio ambiente...*, ob. cit., p. 91; FALCÓN Y TELLA, María José/FALCÓN Y TELLA, Fernando, *Fundamento y finalidad...*, ob. cit., p. 178; JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, Patricia, *El principio de prevención en el Derecho internacional del medio...*, ob. cit., p. 61.

⁸²² Podemos mencionar la **STC 13/1998**, de 22 enero, en la cual se considera, en su FJ 4, que “la evaluación de impacto ambiental es un instrumento que sirve para preservar los recursos naturales y defender el medio ambiente en los países industrializados. Su finalidad propia es facilitar a las autoridades competentes la información adecuada, que les permita decidir sobre un determinado proyecto con pleno conocimiento de sus posibles impactos significativos en el medio ambiente (Preámbulo de las Directivas 85/337/CEE y 97/11/CE y del Real Decreto Legislativo 1302/1986). La legislación ofrece a los poderes públicos, de esta forma, un instrumento para cumplir su deber de cohesitar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente (STC 64/1982, fundamento jurídico 2º). La evaluación del impacto ambiental aparece configurada como una técnica o instrumento de tutela ambiental preventiva -con

como un instrumento para “identificar, predecir, interpretar y comunicar los impactos que una acción inducirá al medio; es decir, es un análisis sistemático de las relaciones entre una acción y el ambiente para determinar cómo se afectarán entre sí”⁸²³. Por su parte, MARTÍN MATEO entiende a la EIA como “un procedimiento participativo para la ponderación anticipada de las consecuencias ambientales de una prevista decisión de Derecho público”⁸²⁴. Su cometido es, sin duda, anticipar mediante un análisis los riesgos que puedan resultar para el medioambiente, de manera que lo que se pretende es reconocer cualquier riesgo para eliminarlo, combatir su incidencia, o insistir en el desistimiento de la acción. En cualquier caso, su implementación no sustituye cualquier responsabilidad que resultase de la explotación y/o agresión a la naturaleza⁸²⁵.

Esta técnica preventiva se vio incluida por primera vez en los Estados Unidos de América, en la *National Environmental Policy Act* (NEPA) de 1969, surgiendo las primeras evaluaciones en los años setenta. Dada la importancia de esta técnica, algunos países europeos comenzaron a adoptarla en sus normativas, como en el caso de Suecia y Francia, éste último dándole más importancia, e incorporándola mediante la Ley de 10 de julio de 1976, sobre protección de la naturaleza⁸²⁶. Por su parte, la normativa europea

relación a proyectos de obras y actividades- de ámbito objetivo global o integrador y de naturaleza participativa”.

⁸²³ Dicha autora cree que la EIA es un instrumento prospectivo, dado que se intenta obtener o construir una serie de imágenes de “como podrían ser las consecuencias de la ejecución de obras específicas. Por ello es todo un reto hacer predicciones útiles basadas en conocimientos ecológicos, antes de la ocurrencia de los impactos” (GUTIÉRREZ NÁJERA, Raquel, *Introducción al estudio del Derecho ambiental...*, ob. cit., p. 149). BRAÑES se basa en la Decisión 14/25 del Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente de 1987 para concluir que la EIA es “la determinación previa que, con miras a lograr un desarrollo adecuado y sostenible, se hace de los efectos que una actividad dada que se ha planeado realizar podría tener sobre el medio ambiente, cuando por su alcance, naturaleza y ubicación dicha actividad puede afectarlo considerablemente” (BRAÑES, Raúl, *Manual de Derecho ambiental mexicano...*, ob. cit., p. 219).

⁸²⁴ MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho ambiental...*, ob. cit., p. 92.

⁸²⁵ MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho ambiental...*, ob. cit., p. 92; UTRERA CARO, Sebastián Félix, “La evaluación de impacto ambiental y el plan hidrológico nacional como instrumentos para la protección del medio ambiente y del desarrollo sostenible”, en *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*, Ed. Cívitas, Madrid, 2002, p.158; RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, “Evaluación de impacto ambiental”, en *Diccionario de Derecho de ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, p. 651; ESTÉVEZ ESTÉVEZ, Raúl/LEÓN LACAL, Alejandro, *Introducción a la legislación...*, ob. cit., p.p. 169 y ss

⁸²⁶ “La primera legislación mundialmente importante que trató la evaluación de impacto ambiental en general fue la *National Environment Policy Act* norteamericana de 1969, que se

no quedó rezagada, adoptando esta técnica mediante la Directiva 85/337/CEE de 27 de junio, mejor conocida como la Directiva EIA, con la que se evalúan proyectos públicos y privados que puedan perjudicar el medioambiente⁸²⁷. España adoptó la Directiva mediante la Ley 47/1985, a través del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio (LEIA), completándolo mediante Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre (REIA)⁸²⁸.

hizo efectiva el primero de enero de 1970. La *National Environment Policy Act* exigía la preparación de una declaración o informe ambiental para cualquier acto que pudiera dar lugar a cualquier efecto ambiental significativo” (UTRERA CARO, Sebastián Félix, “La evaluación de impacto ambiental y el plan hidrológico nacional...”, ob. cit., p.p. 157 y 161). También véanse BRAÑES, Raúl, *Manual de Derecho ambiental mexicano...*, ob. cit., p.p. 215-216; ROSA MORENO, Juan, “Evaluación de impacto ambiental de las obras hidráulicas”, en *Diccionario de Derecho de aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p. 673; MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho ambiental...*, ob. cit., p. 91; LOZANO CUTANDA, Blanca/ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *Administración y legislación ambiental...*, ob. cit., p. 204; OYARZÚN MUÑOZ, Jorge, *Evaluación de impactos ambientales*, 2008, disponible en http://www.aulados.net/Temas_ambientales/EIA/EIA_Jorge_Oyarzun.pdf, último día consultado 05/09/13, p. 9.

⁸²⁷ Esta Directiva ha presentado bastantes problemas, generando numerosas denuncias sobre su incorrecta aplicación, lo que la ha llevado a ser considerada como la Directiva que más problemas ha ocasionado en su puesta en práctica. Las denuncias han sido sobre la calidad de los estudios, incorrecta aplicación o la poca consideración de las recomendaciones que emanan de las evaluaciones. En el caso de España, el TJCE ya la ha condenado en diferentes ocasiones por su incompleta adaptación al Derecho interno, mediante Sentencia de 13 de junio de 2002 (asunto C-474/99), por incumplimientos de la Directiva EIA mediante Sentencias de 16 de septiembre de 2004 (asunto C-227/01), de 8 de septiembre de 2005 (asunto C121/03) y de 16 de marzo de 2006 (asunto C-332/04). Véanse ROSA MORENO, Juan, “Evaluación de impacto ambiental de las obras hidráulicas”..., ob. cit., p.p. 673-674; ROSA MORENO, Juan, “La evaluación de impacto ambiental en España”, en *El Derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, T. I, Ed. Cívitas, Madrid, 2002, p. 259; ROSA MORENO, Juan, “La evaluación de impacto ambiental de las obras hidráulicas”, en *Conflictos jurídicos en la gestión y uso del agua*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p.p. 149-150; LORENTE AZNAR, César J., *Empresa, derecho y medio ambiente...*, ob. cit., p. 37.

⁸²⁸ Según el REIA, en su anexo II, la evaluación dependerá del estudio de impacto ambiental, el cual “es el documento técnico que debe presentar el titular del proyecto, y sobre la base del que se produce la declaración de impacto ambiental. Este estudio deberá identificar, describir y valorar de manera apropiada, y en función de las particularidades de cada caso concreto, los efectos notables previsibles que la realización del proyecto produciría sobre los distintos aspectos ambientales (efectos directos e indirectos; simples, acumulativos o sinérgicos; a corto, a medio o a largo plazo; positivos o negativos; permanentes o temporales; reversibles o irreversibles; recuperables o irrecuperables; periódicos o de aparición irregular; continuos o discontinuos)”. Véanse LORENTE AZNAR, César J., *Empresa, derecho y medio ambiente...*, ob. cit., p. 38; DE MIGUEL PERALES, Carlos, *Derecho español del medio ambiente...*, ob. cit., p. 91; ROSA MORENO, Juan, “Evaluación de impacto ambiental de las obras hidráulicas”..., ob. cit., p. 674; ROSA MORENO, Juan, “La evaluación de impacto ambiental en España”..., ob. cit., p.p. 261-262; RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, “Evaluación de impacto ambiental”..., ob. cit., p.p. 652-653.

No obstante, años más tarde se modificó la Directiva 85/337 mediante la aprobación de la Directiva 97/11/CE, de 3 de marzo, debido al informe sobre la aplicación de la Directiva de 1985, que se llevó a cabo por la Comisión el 2 de abril de 1993, donde se manifestó la necesidad de clarificar, completar y mejorar dicha Directiva. Así pues, entre las modificaciones hechas, se encuentra una regulación más clara y detallada sobre los impactos transfronterizos, la facilitación de mayor flujo de información y la coherencia procedimental con el permiso ambiental regulado en la Directiva 96/61/CE relativa a la prevención y control integrados en la contaminación. En España se introduce la nueva Directiva a través del Real Decreto Ley 9/2000, de 6 de octubre, modificando el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de evaluación de impacto ambiental⁸²⁹. Sin embargo, la Directiva EIA sufre otra modificación a través de la Directiva 2003/35/CE, de 26 de mayo, que hace referencia a la participación pública y acceso a la justicia. La incorporación a España viene de la mano de la Ley 27/2006, de 18 de julio, modificando también la LEIA en los conceptos de público y persona interesada, en el trámite de información pública y en los efectos transfronterizos⁸³⁰.

La EIA se encuentra regulada actualmente en el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos (TRLEIA), mediante el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero. Uno de los objetivos que le otorga esta nueva Ley a la EIA es identificar, describir y evaluar de forma apropiada, en función de cada caso particular y siguiendo lo establecido por dicha regulación, cualquier efecto directo e indirecto de un proyecto sobre factores como:

- a. El ser humano, la fauna y la flora.
- b. El suelo, el agua, el aire, el clima y el paisaje.
- c. Los bienes materiales y el patrimonio cultural.
- d. La interacción entre los factores mencionados anteriormente.

⁸²⁹ Véanse ROSA MORENO, Juan, “La evaluación de impacto ambiental en España”..., ob. cit., p. 264; ROSA MORENO, Juan, “Evaluación de impacto ambiental de las obras hidráulicas”..., ob. cit., p. 675.

⁸³⁰ ROSA MORENO, Juan, “Evaluación de impacto ambiental de las obras hidráulicas”..., ob. cit., p. 676.

Esta disposición entiende a la evaluación como: “el conjunto de estudios y análisis técnicos que permiten estimar los efectos que la ejecución de un determinado proyecto puede causar sobre el medio ambiente” (artículo 2.1). Y su ámbito de aplicación está en “los proyectos, públicos y privados, consistentes en la realización de obras, instalaciones o cualquier otra actividad comprendida en el anexo I” (artículo 3.1). La competencia para realizar la EIA le corresponde al Ministerio de Medio Ambiente, cuando se trate de “proyectos que deban ser autorizados o aprobados por la Administración General del Estado”; de otro modo, será el “órgano ambiental el que determine cada Comunidad Autónoma en su respectivo ámbito territorial” (artículo 4)⁸³¹.

5.5.1.2. Planificación hidrológica

Otra de las medidas preventivas es la planificación hidrológica, que constituye un instrumento esencial para una gestión racional y ordenada de las aguas en cada cuenca hidrográfica, así como para todo el territorio nacional⁸³². Para NAVARRO

⁸³¹ LOZANO CUTANDA, Blanca/ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *Administración y legislación ambiental...*, ob. cit., p.p. 204-207.

⁸³² PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”..., ob. cit., p. 575. Para BERMEJO VERA, el objetivo de la planificación hidrológica es “aumentar la disponibilidad de los recursos acuíferos y optimizar su gestión, pero, para ello, debe partir de la realidad fáctica existente”, a lo cual dicho autor añade la comparativa con la planificación urbanística, de la que cree que tanto en objetivos como en medios se dispone de “un margen de maniobra del que carece el planificador hidrológico” (BERMEJO VERA, José, *Constitución y planificación hidrológica...*, ob. cit., p. 43); además de que la planificación urbanística y territorial le suele ser confiada a las Comunidades Autónomas, y la planificación hidrológica es de competencia Estatal, a excepción de las cuencas intracomunitarias, con lo que se puede distinguir a la planificación hidrológica como “sectorial” y la territorial y urbanística como “general” (EMBED IRUJO, Antonio, “Impactos territoriales de la política hidráulica Algunas reflexiones de actualidad”, en *Agua, residuos y territorio. Estudios jurídicos sobre política ambiental en España y Colombia*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.p. 41-43). Así, podemos observar la **STC 227/1988**, de 29 de noviembre, en su FJ 20, donde establece que “nada hay que objetar a las reservas de aguas, en cuanto que afectan al aprovechamiento de las mismas, que puede ordenar el Estado en las cuencas intercomunitarias. En cambio, las reservas de terrenos afectan directamente a la planificación territorial de competencia autonómica... en caso de conflicto, no puede considerarse legítima una reserva de terrenos prevista en un plan hidrológico estatal que afecte a un ámbito territorial superior al estrictamente necesario para realizar las infraestructuras básicas requeridas por el plan. Si... la programación de tales infraestructuras es una facultad inherente a las competencias sobre protección y aprovechamiento del dominio público hidráulico, también debe serlo la reserva de terrenos imprescindible para realizarlas; pero sólo en este supuesto la reserva de terrenos contenida en

ORTEGA, la planificación hidrológica es el “instrumento de racionalización y de garantía de la disponibilidad del agua para satisfacer las diferentes demandas, pero también como objeto para alcanzar un buen estado ecológico de las aguas”; además dicho autor afirma que este instrumento debe ser para España “la piedra angular de la política hidráulica”, por lo que ha de ser vista como una “necesidad”⁸³³. MARTÍN MATEO cree que éste instrumento debe ser incluido en el “marco común para otras políticas, incluyendo las de desarrollo económico”⁸³⁴. También cabe resaltar la definición de LOZANO CUTANDA, quien opina que la planificación es “un proceso de racionalización, referible a cualquier tipo de actuaciones, mediante el cual los poderes públicos, partiendo de un análisis de los problemas y situaciones existentes, determinan los objetivos que se pretenden conseguir en determinado ámbito y fijan los medio para su consecución”⁸³⁵. No obstante, EMBID IRUJO mantiene que la planificación hidrológica no debe observarse solamente como una técnica de “agregación de obras hidráulicas que deben realizarse en el futuro, sino que lo que se pretende es que en la Planificación hidrológica se encuentre un conjunto de previsiones sobre oferta y demanda del recurso, normas sobre calidad de las aguas, caudales ecológicos, arreglos institucionales, protección de acuíferos, régimen económico-financiero de la utilización del agua... y, por supuesto, relación de obras hidráulicas a desarrollar”⁸³⁶.

Este instrumento no estaba previsto en la Ley de Aguas de 1879⁸³⁷, sino que fue introducido por la Ley de Aguas de 1985, con la intención de garantizar la satisfacción

los planes hidrológicos estatales puede vincular el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas sobre ordenación del territorio”.

⁸³³ NAVARRO ORTEGA, Asensio, “Derecho de aguas”..., ob. cit., p. 323.

⁸³⁴ MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental*, T. II,..., ob. cit., p.47.

⁸³⁵ Bajo estos planteamientos, la autora señala que “se trata, por tanto, de establecer un programa de acción en el que se integren y coordinen todas la actuaciones”. LOZANO CUTANDA, Blanca, “Planificación como técnica de protección ambiental”, en *Diccionario de Derecho de ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, p.p. 948-949; LOZANO CUTANDA, Blanca/ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *Administración y legislación ambiental...*, ob. cit., p. 283.

⁸³⁶ EMBID IRUJO, Antonio, “La planificación hidrológica”, en *El Derecho de aguas en Brasil y España. Un estudio de Derecho comparado*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, p. 116.

⁸³⁷ Para CALVO CHARRO, una de las razones por la que dicha Ley no resultó eficaz fue justamente la ausencia de la planificación hidrológica, y es que ello tuvo como consecuencia que los usos no tuvieran una asignación de recursos, además de que tampoco se contemplaba un

de las demandas existentes, sin perjuicio del buen estado ecológico de este recurso y del medioambiente, ya que con la planificación, la Administración se anticipa a la iniciativa particular, delimitando los usos del recurso hídrico para un mejor aprovechamiento en beneficio de la sociedad⁸³⁸.

El TRLA también toma en consideración la planificación hidrológica, la cual no debe ser vista como simples programas de obras, sino como instrumentos de naturaleza normativa que acomodan las previsiones genéricas de la Ley a las condiciones singulares de cada cuenca. Además, debemos considerar a la planificación como un elemento clave para el Derecho de Aguas, ya que es indispensable para la aplicación de muchas de las disposiciones del TRLA en las diversas cuencas hidrográficas⁸³⁹, y es que justamente, dicho Ordenamiento menciona que toda actuación sobre el dominio público hidráulico deberá someterse a la planificación hidrológica, la cual le corresponde al Estado (1.1 TRLA).

Como señala el artículo 40.1 TRLA, la planificación hidrológica tiene como objetivos generales “conseguir el buen estado y la adecuada protección del dominio público hidráulico y de las aguas objeto de esta Ley, la satisfacción de las demandas de agua, el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial, incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales”, con lo cual se da mayor peso dentro de la protección de los recursos hídricos⁸⁴⁰.

Debemos mencionar que existen dos tipos de planes hidrológicos, como señala el TRLA en su artículo 40.3: los Planes Hidrológicos de cuenca y el Plan Hidrológico

fundamento técnico-jurídico para la concreción de las posibilidades de uso del recurso en un periodo temporal determinado. CALVO CHARRO, María, *Escritos de Derecho ambiental...*, ob. cit., p. 87.

⁸³⁸ PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”..., ob. cit., p. 575; CALVO CHARRO, María, *Escritos de Derecho ambiental...*, ob. cit., p. 88; DELGADO PIQUERAS, Francisco, “La protección ambiental de las aguas...”, ob. cit., p. 469.

⁸³⁹ PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”..., ob. cit., p. 576.

⁸⁴⁰ Véase PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”..., ob. cit., p. 577.

Nacional. Los primeros han de ser elaborados para la demarcación hidrográfica correspondiente, en tanto que los segundos fijan elementos básicos para coordinar los planes hidrológicos de cuenca, y además regulan diferentes componentes de ámbito nacional⁸⁴¹. Conviene recordar la **STC 227/1988**, de 29 de noviembre, en la que se entiende que a través de los Estatutos de Autonomía, las Comunidades Autónomas tienen competencias sobre las aguas que discurran “íntegramente” por su territorio, así como también una concepción integral de la gestión del recurso y la elaboración y revisión de los planes hidrológicos de cuenca (intracomunitarias)⁸⁴². Con base a lo anterior, el TRLA también regula la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de planificación hidrológica, y es que en dicho Ordenamiento se establece la distinción entre las demarcaciones hidrográficas intercomunitarias (artículos 35.1 y 36.1bis), y las demarcaciones hidrográficas intracomunitarias (artículos 36.2 y 36.4bis). Por ello, las Comunidades Autónomas pueden elaborar los planes hidrológicos intracomunitarios, como se establece en los artículos 36.2, 36.4bis, 40.5 y 40.6 TRLA⁸⁴³.

⁸⁴¹ Así pues, el principal objetivo del Plan Hidrológico Nacional es el de dirigir y analizar si se cree conveniente o no, realizar transferencias de recursos hídricos entre ámbitos territoriales de diferentes planes de cuenca, lo cual llevaría a solucionar las demandas de agua en todo el territorio nacional (NAVARRO ORTEGA, Asensio, “Derecho de aguas”..., ob. cit., p.p. 323-324). En este sentido, “fue la Ley de Aguas de 1985 la primera que utilizó la expresión «transferencias de recursos hidráulicos» (entre ámbitos territoriales de distintos PPHCC) para referirse a uno de los contenidos obligatorios del PHN (art. 43.1.c, que corresponde al actual art. 45.1.c TRLA). Pero ni la Ley de 1985 ni la RAPA consideraron necesario incorporar una definición legal, quizá porque en esa época todavía no era usual la inclusión en las normas de definiciones legales, que después se ha impuesto por influencia del Derecho de la Unión Europea. Sí lo ha hecho la Ley 10/2001, del PHN, que distingue el término «transferencia» del de «trasvase». La «transferencia» se define como «la norma específica que autoriza el paso de recursos hídricos de un ámbito territorial de planificación hidrológica a otro distinto» y el «trasvase» como «la autorización concreta de volúmenes que se acuerde transferir cada año o en cada situación concreta» (art. 3.a y b)” (MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “Transferencia de los recursos hidráulicos”, en *Diccionario de Derecho de aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p.p. 913-914); véanse, también, PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”..., ob. cit., p. 577; ESCUIN PALOP, Catalina, *Presente y futuro del Derecho de aguas*..., ob. cit., p. 69; EMBID IRUJO, Antonio, “La planificación hidrológica”..., ob. cit., p. 119; EMBID IRUJO, Antonio, “Planificación hidrológica”, en *Diccionario de Derecho de aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p. 771.

⁸⁴² Véanse DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia, *La administración hidráulica española*..., ob. cit., p.111; ESCUIN PALOP, Catalina, *Presente y futuro del Derecho de aguas*..., ob. cit., p. 71; ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, “El plan hidrológico nacional y la evaluación de impacto ambiental estratégica”, en *El Derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, T. I, Ed. Cívitas, Madrid, 2002, p. 362.

⁸⁴³ Véase ESCUIN PALOP, Catalina, *Presente y futuro del Derecho de aguas*..., ob. cit., p.p. 72-73.

A pesar de la importancia que tienen los planes dentro del Ordenamiento, su elaboración ha sido lenta y difícil, de manera que su aprobación llegó a sufrir importantes demoras. Cuando finalmente la planificación hidráulica se aprobó, se realizó en dos etapas: en primer lugar, y después del informe favorable del Consejo Nacional del Agua, los Planes Hidrológicos de cuenca fueron aprobados mediante el Real Decreto 1664/1998; en segundo lugar, se aprobó el Plan Hidrológico Nacional, mediante la Ley 10/2001, de 5 de julio, la cual ha tenido modificaciones por el Real Decreto-Ley 2/2004 y posteriormente por la Ley 11/2005, de 22 de junio⁸⁴⁴. No obstante, la elaboración de los planes hidrológicos (de cuenca y nacional) se regula actualmente mediante los artículos 71 y ss. del Reglamento de la Planificación Hidrológica (RPH) aprobado mediante el RD 907/2007, de 6 de julio, el cual deroga las disposiciones del Título II del Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica (RAPAPH)⁸⁴⁵.

5.5.2. Medidas de conservación y mejora

Las medidas de conservación y mejora también son de indudable trascendencia para el cuidado de los recursos hídricos, dentro de las cuales podemos observar tres instrumentos esenciales que posee el Derecho de aguas: las autorizaciones, los cánones y el saneamiento. Precisamente, el TRLA prevé dichas medidas para proteger la calidad de las aguas en su artículo 101, en donde condiciona las autorizaciones de vertido a determinar los límites cuantitativos y cualitativos (salvo en aquellos casos en que la escasa importancia del efluente permita, justificadamente, un menor rigor, artículo 251 RDPH) y se refiere a las instalaciones de depuración y los elementos de control de su funcionamiento (la periodicidad y características de dicho control, artículo 251 RDPH), así como al importe del canon de control de vertidos que corresponda según el artículo

⁸⁴⁴ Véanse PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”..., ob. cit., p. 577; NAVARRO ORTEGA, Asensio, “Derecho de aguas”..., ob. cit., p. 324; ESCUIN PALOP, Catalina, *Presente y futuro del Derecho de aguas*..., ob. cit., p. 69.

⁸⁴⁵ Véanse PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”..., ob. cit., p. 578; EMBID IRUJO, Antonio, “La planificación hidrológica”..., ob. cit., p. 120.

113 TRLA⁸⁴⁶. Pero antes de referirnos a la autorización de vertido y a los demás instrumentos, creemos conveniente determinar lo que son los vertidos, puesto que para la conservación de la calidad de las aguas es, sin duda, indispensable el control de las sustancias contaminantes que se vierten en las mismas.

El control de los vertidos debe ser considerado como una técnica ambiental de uso forzoso, ya que si bien los vertidos en los cuerpos de agua son en sí un acto nocivo para el medioambiente y los ecosistemas que dependen del recurso hídrico, como bien señala FORTES MARTÍN, “la actividad misma presenta un impacto *ab initio*; no es que de esa actividad se puedan originar una serie de efectos dañinos para el medio natural, sino que la actividad en sí, su finalidad ínsita por tanto, implica deshacerse de sustancias sobrantes, y por ende la provocación de un impacto ambiental”⁸⁴⁷. En este contexto, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define al «vertido» como “materiales de desecho que las instalaciones industriales o energéticas arrojan a vertederos o al agua”⁸⁴⁸. De este modo, el vertido es una actividad contaminante en la que “se mezclan con el agua elementos artificiales que alteran su función ecológica y que pueden ser «residuos orgánicos», con un alto requerimiento en oxígeno y aceleradores de la eutrofización, o «residuos inorgánicos y minerales», como el plomo, el mercurio, el cadmio o el níquel, que incrementan el nivel de salinidad del agua y le confieren un alto índice de toxicidad”⁸⁴⁹. Asimismo, el Tribunal Supremo de España ha definido el vertido en su Sentencia de 13 de abril de 2000, RJ 2000\3857, en donde se refiere a dicha acción como “toda actividad susceptible de contaminar o degradar el dominio público hidráulico”. De igual forma, el TRLA en su artículo 100, establece que

⁸⁴⁶ PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”..., ob. cit., p. 616.

⁸⁴⁷ FORTES MARTÍN, Antonio, *Vertidos y calidad ambiental de las aguas*..., ob. cit., p. 60. Según este autor, “la actividad de vertidos es en sí misma una actividad contaminante que nos sitúa de lleno en el epicentro de la relación asociativa entre el concepto de vertido y el de contaminación” (FORTES MARTÍN, Antonio, “Autorización de vertidos”, en *Diccionario de Derecho de Aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p. 265); FORTES MARTÍN, Antonio, “La caracterización técnica y ambiental del régimen de vertidos a las aguas: algunas precisiones jurídicas”, en *Conflictos jurídicos en la gestión y uso del agua*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 198.

⁸⁴⁸ Diccionario de la lengua española. RAE, Vigésima segunda edición, 2011.

⁸⁴⁹ MULERO MENDIGORRI, Alfonso, *Introducción al medio ambiente en España*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, p.p. 53-54.

se considera vertido aquel se “realice directa⁸⁵⁰ o indirectamente⁸⁵¹ en las aguas continentales, así como en el resto del dominio público hidráulico, cualquiera que sea el procedimiento o técnica utilizada”. En este mismo sentido, se manifiesta el RDPH en su artículo 245.1 y la LA en su artículo 92.1⁸⁵².

También cabe mencionar lo que la Directiva 76/464/CEE considera sobre vertidos, en su artículo 1.2.d): “la introducción en las aguas previstas en el apartado 1 de las sustancias enumeradas en la lista I y en la lista II del Anexo”⁸⁵³. Es de resaltar que

⁸⁵⁰ De conformidad con el artículo 245.1 del RDPH, tras la modificación por el RD 606/2003, son vertidos directos: “la emisión directa de contaminantes a las aguas continentales o a cualquier otro elemento del dominio público hidráulico, así como la descarga de contaminantes en el agua subterránea mediante inyección sin percolación a través del suelo o del subsuelo”.

⁸⁵¹ De conformidad con el artículo 245.1 del RDPH, tras la modificación por el RD 606/2003, son vertidos indirectos: “tanto los realizados en aguas superficiales a través de azarbes, redes de colectores de recogida de aguas residuales o de aguas pluviales o por cualquier otro medio de desagüe, o a cualquier otro elemento del dominio público hidráulico, así como los realizados en aguas subterráneas mediante filtración a través del suelo o del subsuelo”.

⁸⁵² Véanse CASADO CASADO, Lucía, “El régimen jurídico de los vertidos en aguas continentales: nuevas perspectivas”, en *El agua: estudios interdisciplinares*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, p.p. 183-184; CASADO CASADO, Lucía, “Vertidos”, en *Diccionario de Derecho de ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, p. 1364; FORTES MARTÍN, Antonio, “Autorización de vertidos”..., ob. cit., p.p. 265-266; ALENZA GARCÍA, José Francisco, “Vertidos y autorización integrada”, en *Nuevo Derecho de aguas*, Ed. Thomson-Cívitas, Navarra, 2007, p. 607.

⁸⁵³ **La Lista I** (lista negra) de categorías y grupos de sustancias, comprende determinadas sustancias individuales que forman parte de las categorías y grupos de sustancias que se indican a continuación, escogidas principalmente por su toxicidad, persistencia y bioacumulación, con excepción de las sustancias biológicamente inofensivas o que se transforman rápidamente en sustancias biológicamente inofensivas: compuestos organohalogenados y sustancias que pueden dar origen a compuestos de esta clase en el medio acuático; compuestos organofosfóricos; compuestos organoestánicos; sustancias en las que esté demostrado su poder cancerígeno en el medio acuático o transmitido por medio de éste; mercurio y compuestos de mercurio; cadmio y compuestos de cadmio; aceites minerales persistentes e hidrocarburos de origen petrolífero persistentes y, en lo relativo a la aplicación de los artículos 2, 8, 9, y 14 de la presente Directiva, materias sintéticas persistentes que puedan flotar, permanecer en suspensión o hundirse y causar perjuicio a cualquier utilización de las aguas. **Lista II** (lista gris) de categorías y grupos de sustancias: -las sustancias que forman parte de las categorías y grupos de sustancias enumerados en la lista I para las que no se han determinado los valores límite previstos en el artículo 6 de la Directiva, -determinadas sustancias individuales y determinados tipos de sustancias que forman parte de las categorías y grupos de sustancias enumerados a continuación, y que tienen efectos perjudiciales sobre el medio acuático, que no obstante puedan limitarse a determinada zona según las características de las aguas receptoras y su localización. Categorías y grupos de sustancias correspondientes al segundo guión. 1. Los metaloides y los metales siguientes y sus compuestos: Zinc; cobre; níquel; cromo; plomo; selenio; arsénico; antimonio; molibdeno; titanio; estaño; bario; berilio; boro; uranio; vanadio; cobalto; talio; telurio; plata; 2. Biocidas y sus derivados que no figuren

dicha normativa no define al vertido como tal, sino que solamente precisa que es necesaria la presencia de las sustancias que incluye en sus anexos para considerarlo como vertido, por lo cual tenemos que respaldar la definición con la descripción que hace acerca de la contaminación en el mismo artículo, apartado e): “vertido de sustancias o de energía efectuado por el hombre en el medio acuático, directa o indirectamente, que tenga consecuencias que puedan poner en peligro la salud humana, perjudicar los recursos vivos y el sistema ecológico acuático, causar daños a los lugares de recreo u ocasionar molestias para otras utilizaciones legítimas de las aguas”.

Al igual que el TRLA, la Directiva 80/68/CEE precisa la distinción (mas no la definición) de vertidos directos e indirectos, siendo el primero “la introducción en las aguas subterráneas de sustancias de las listas I o II sin que se filtren a través del suelo o del subsuelo”; y el vertido indirecto “la introducción en las aguas subterráneas de sustancias de las listas I o II, filtrándolas a través del suelo o del subsuelo”⁸⁵⁴. En este sentido, la DMA, en su artículo 2, define los vertidos directos como “vertido de contaminantes en el agua subterránea sin atravesar el suelo o el subsuelo”, siendo ésta

en la lista I; 3. Sustancias que tengan efectos perjudiciales para el sabor y/o el olor de los productos de consumo humano obtenidos del medio acuático, así como los compuestos que puedan dar origen a sustancias de esta clase en las aguas; 4. Compuestos organosilícicos tóxicos o persistentes y sustancias que puedan dar origen a compuestos de esta clase en las aguas, excluidos los biológicamente inofensivos o que dentro del agua se transforman rápidamente en sustancias inofensivas; 5. Compuestos inorgánicos de fósforo y fósforo elemental; 6. Aceites minerales no persistentes e hidrocarburos de origen petrolífero no persistentes; 7. Cianuros, fluoruros; 8. Sustancias que influyan desfavorablemente en el balance de oxígeno, en particular las siguientes: amoníaco, nitritos.

⁸⁵⁴ **La lista I** comprende las sustancias individuales que forman parte de las familias y grupos de sustancias enumerados a continuación: Compuestos organohalogenados y sustancias que puedan originar compuestos semejantes en el medio acuático; Compuestos organofosforados; Compuestos orgánicos de estaño; Sustancias que posean un poder cancerígeno, mutágeno o teratógeno en el medio acuático o a través del mismo; Mercurio y compuestos de mercurio; Cadmio y compuestos de cadmio; Aceites minerales e hidrocarburos; Cianuros. **La lista II** comprende las sustancias individuales y las categorías de sustancias que forman parte de las familias y grupos de sustancias que se enumeran a continuación y que podrían tener un efecto perjudicial en las aguas subterráneas: 1. Los metaloides y los metales siguientes, así como sus compuestos: Cinc; cobre; níquel; cromo; plomo; selenio; arsénico; antimonio; molibdeno; titanio; estaño; bario; berilio; boro; uranio; vanadio; cobalto; talio; telurio; plata; 2. Biocidas y sus derivados que no figuren en la lista I; 3. Sustancias que tengan un efecto perjudicial en el sabor y/o el olor de las aguas subterráneas, así como los compuestos que puedan originar dichas sustancias en las aguas, volviéndolas no aptas para el consumo humano; 4. Compuestos orgánicos de silicio tóxicos o persistentes y sustancias que puedan originar dichos compuestos en las aguas, salvo aquellos que sean biológicamente inocuos o que se transformen rápidamente en el agua en sustancias inocuas; 5. Compuestos inorgánicos de fósforo elemental; 6. Fluoruros; 7. Amoníaco y nitritos.

una definición escasa, ya que no define el vertido como tal. Al igual que con la Directiva 76/464/CEE, nos tendremos que amparar en la definición que hace la presente Directiva en el mismo artículo sobre contaminación, que la define como “la introducción directa o indirecta, como consecuencia de la actividad humana, de sustancias o calor en la atmósfera, el agua o el suelo, que puedan ser perjudiciales para la salud humana o para la calidad de los ecosistemas acuáticos, o de los ecosistemas terrestres que dependen directamente de ecosistemas acuáticos, y que causen daños a los bienes materiales o deterioren o dificulten el disfrute y otros usos legítimos del medio ambiente”; además estima que contaminante es “cualquier sustancia que pueda causar contaminación, en particular las sustancias enumeradas en el anexo VIII”⁸⁵⁵.

Podríamos concluir que los vertidos son la forma de alteración del estado natural de los cuerpos de agua, en donde a través de los desechos causados por actividades humanas, se transforma la calidad del recurso hídrico a un estado dañino para los ecosistemas y el mismo ser humano.

La idea que comúnmente se tiene de la ejecución de una actividad contaminante es, en la mayoría de los casos, la contaminación de los cuerpos de agua mediante vertidos contaminantes, y es que dicha acción ha menguado preocupantemente la calidad del líquido vital. Es por ello que los vertidos deben considerarse como una actividad limitada, excepcional y, en algunos casos, prohibida. En este contexto, fácilmente se puede estimar que la actividad de vertidos debe encontrarse amparada y habilitada por una autorización de vertidos⁸⁵⁶, autorización que en principio cumple la

⁸⁵⁵ **Anexo VIII**, lista indicativa de los principales contaminantes: Compuestos organohalogenados y sustancias que puedan dar origen a compuestos de esta clase en el medio acuático; Compuestos organofosforados; Compuestos organoestánicos; Sustancias y preparados, o productos derivados de ellos, cuyas propiedades cancerígenas, mutágenas o que puedan afectar a la tiroides, esteroidogénica, a la reproducción o a otras funciones endocrinas en el medio acuático o a través del medio acuático estén demostradas; Hidrocarburos persistentes y sustancias orgánicas tóxicas persistentes y bioacumulables; Cianuros; Metales y sus compuestos; Arsénico y sus compuestos; Biocidas y productos fitosanitarios; Materias en suspensión; Sustancias que contribuyen a la eutrofización (en particular nitratos y fosfatos); Sustancias que ejercen una influencia desfavorable sobre el balance de oxígeno (y computables mediante parámetros tales como DBO o DQO).

⁸⁵⁶ Como se establece en los artículos 100 y 101 del TRLA.

función de remover la “prohibición relativa” que impide la práctica de esa actividad⁸⁵⁷. Por ello, debe existir el control de los vertidos para asegurar “el buen estado ecológico de las aguas” mediante la oportuna autorización administrativa, como lo establece el artículo 100.3 TRLA.

5.5.2.1. Autorizaciones de vertido

Cualquier tipo de autorización debe considerarse como parte de la ordenación y control de la Administración (*command and control*), con la que se busca armonizar la libertad y la iniciativa privada con los requerimientos del interés general⁸⁵⁸. Y es que el control preventivo que realiza la Administración a través de la autorización, pretende condicionar las actuaciones a una correcta adecuación al Ordenamiento jurídico y a la valoración del interés público general⁸⁵⁹; es decir, las autorizaciones administrativas en general (permisos, licencias, concesiones, etc.) son un instrumento limitativo o de control por parte de la Administración, el cual evidentemente también se encuentra en el Derecho de Aguas⁸⁶⁰. En efecto, el uso del dominio público hidráulico, uno de los

⁸⁵⁷ Para FORTES MARTÍN, la autorización de vertidos es “el único título autorizatorio que realmente responde a la denominación de autorización ambiental porque mediante ella se autoriza una actividad contaminante en sí misma” (FORTES MARTÍN, Antonio, *Vertidos y calidad ambiental de las aguas...*, ob. cit., p.p. 60-61 y 72); CASADO CASADO, Lucía, “El régimen jurídico de los vertidos...”, ob. cit., p. 183.

⁸⁵⁸ La autorización en general es la “manifestación de la intervención que la Administración va a efectuar respecto de ciertos ámbitos o sectores en los que se precisa la adecuación del ejercicio de actividades o derechos de los particulares con el interés público” (FORTES MARTÍN, Antonio, *El régimen jurídico de la autorización ambiental integrada*, Ed. Ecoiuris, Madrid, 2004, p. 63). Véase, también, MORENO MOLINA, José Antonio/ALONSO GARCÍA, M^a Consuelo, “Técnicas jurídico-administrativas de protección ambiental”, en *Tratado de Derecho ambiental*, Dirs. Luis Ortega Álvarez/Consuelo Alonso García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p.p. 198-199.

⁸⁵⁹ Las autorizaciones ambientales son consideradas como «autorizaciones operativas» o «de funcionamiento», ya que se caracterizan porque “no se limitan a realizar un control preventivo de la sujeción de la actividad a determinadas condiciones, sino que además encauzan y orientan positivamente la actividad de su titular en la dirección marcada por las normas o los planes aplicables” (LOZANO CUTANDA, Blanca/ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *Administración y legislación ambiental...*, ob. cit., p. 218); LOZANO CUTANDA, Blanca, “Autorizaciones ambientales. La licencia de actividades clasificadas”, en *Diccionario de Derecho de ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, p.p. 132-133.

⁸⁶⁰ LÓPEZ MENUDO, Francisco, “Autorizaciones”, en *Diccionario de Derecho de Aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p. 282.

bienes públicos de interés general por excelencia, debe encontrarse sujeto a un control autorizatorio previo, impidiendo su utilización de forma libre y general⁸⁶¹. Por ello, este mecanismo de control ambiental es la base sobre la cual se fundamenta la intervención administrativa sobre vertidos en el Ordenamiento jurídico español⁸⁶².

La función administrativa de limitación o policía hace posible descartar la prohibición de contaminar que se encuentra inicialmente, como se señala en el TRLA (arts. 97 y 100.1) y con ello, la Administración podrá hacer uso de un potente mecanismo de control. De esta manera, la Administración asegura el nivel de riesgo permisible y que éste no exceda de lo establecido en el ordenamiento jurídico, y además, se establecen las condiciones a las que la autorización se sujetará para que no se perturbe el interés público tutelado⁸⁶³.

Por ello, la regulación jurídico-administrativa de los vertidos requiere determinar la naturaleza de la actividad que se trata de consentir a través de la autorización administrativa, y es que si bien el vertido es en sí, una alteración o modificación de la calidad que hasta ese momento tenían las aguas, por lo que dicha regulación tiene que prohibir las actividades susceptibles de provocar la contaminación o degradación del dominio público hidráulico, ello lo hace con carácter general, pero no absoluto⁸⁶⁴.

La prohibición de vertido (con carácter general) directo o indirecto, se levanta cuando se cuenta con la previa autorización administrativa (artículo 100.1 TRLA). No obstante, se requiere que el objetivo de la autorización de vertido sea acorde con el “buen estado ecológico de las aguas” y así lo establece el RDPH (artículo 245.2) y el TRLA (artículo 100.3)⁸⁶⁵. En este sentido, el enfoque integrado establecido por la

⁸⁶¹ FORTES MARTÍN, Antonio, “Autorización de vertidos”...”, ob. cit., p. 267.

⁸⁶² CASADO CASADO, Lucía, “El régimen jurídico de los vertidos...”, ob. cit., p. 182.

⁸⁶³ CASADO CASADO, Lucía, “El régimen jurídico de los vertidos...”, ob. cit., p. 183; CASADO CASADO, Lucía, “Vertidos”..., ob. cit., p. 1364; ALENZA GARCÍA, José Francisco, “Vertidos y autorización integrada”..., ob. cit., p. 607.

⁸⁶⁴ FORTES MARTÍN, Antonio, *Vertidos y calidad ambiental de las aguas...*, ob. cit., p. 64.

⁸⁶⁵ El artículo 100.3 del TRLA señala que “por buen estado ecológico de las aguas se entiende aquel que se determina a partir de indicadores de calidad biológica, físico-químicos e hidromorfológicos, inherentes a las condiciones naturales de cualquier ecosistema hídrico, en la forma y con los criterios de evaluación que reglamentariamente se determinen”. Véanse

DMA, se refleja en el TRLA en su artículo 100.2, en el cual se señala que las autorizaciones serán concedidas teniendo en cuenta las “mejores técnicas disponibles” para la prevención y control de la contaminación. Asimismo, en los permisos administrativos de vertido se establecerán plazos y programas para la reducción de contaminación, adecuándolos a los tipos y límites de vertido que en ella se fijen (artículo 100.4 TRLA)⁸⁶⁶. Además de la diferencia en la autorización de vertidos directos o indirectos, otra característica que se debe considerar es si el vertido es intra o intercomunitario de las cuencas hidrográficas (dependiendo si compete o no a más de una sola Comunidad Autónoma) donde se practicará el vertido. Dicho carácter definirá si la competencia para otorgar el permiso de vertido le corresponde a la Administración General del Estado o a las Comunidades Autónomas (artículo 17d TRLA), mediante el Organismo de cuenca o las Administraciones hidráulicas⁸⁶⁷. El Organismo de cuenca expedirá las autorizaciones de vertido cuando se trate de vertidos directos a las aguas superficiales, así como cuando se trate de directos e indirectos en las aguas subterráneas, por lo que para los vertidos indirectos en aguas superficiales, el otorgamiento de dichas autorizaciones será emitido por el órgano autonómico o local competente⁸⁶⁸.

El procedimiento para obtener la autorización de vertido se encuentra establecido en los artículos 245 a 250 del RDPH. En su artículo 246.1 se establece que dicho proceso deberá comenzar con la petición por parte del titular de la actividad, en donde proporcionarán los datos requeridos por el artículo 70 de la Ley de Régimen

CASADO CASADO, Lucía, “El régimen jurídico de los vertidos...”, ob. cit., p. 183; PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”..., ob. cit., p. 616.

⁸⁶⁶ PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”..., ob. cit., p. 616.

⁸⁶⁷ Así, en el artículo 17 del TRLA, sobre funciones del Estado en relación con el dominio público hidráulico, se establece que “en relación con el dominio público hidráulico y en el marco de las competencias que le son atribuidas por la Constitución, el Estado ejercerá, especialmente, las funciones siguientes: D) El otorgamiento de autorizaciones referentes al dominio público hidráulico, así como la tutela de éste, en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial, de una sola Comunidad Autónoma. La tramitación de las mismas podrá, no obstante, ser encomendada a las Comunidades Autónomas”. Veánse CASADO CASADO, Lucía, “El régimen jurídico de los vertidos...”, ob. cit., p. 184; FORTES MARTÍN, Antonio, “Autorización de vertidos”..., ob. cit., p. 267; LÓPEZ MENUDO, Francisco, “Autorizaciones”..., ob. cit., p. 291.

⁸⁶⁸ CASADO CASADO, Lucía, “El régimen jurídico de los vertidos...”, ob. cit., p. 185; FORTES MARTÍN, Antonio, *Vertidos y calidad ambiental de las aguas*..., ob. cit., p. 64.

Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁸⁶⁹; además, se debe añadir a la solicitud la declaración de vertidos conforme el modelo oficial correspondiente (el aprobado por el Ministerio de Medio Ambiente)⁸⁷⁰.

De acuerdo con el artículo 246.2 RDPH, la declaración de vertidos debe contener las características de la actividad causante, la localización donde se produce, características cuantitativas, cualitativas y temporales, descripción de las instalaciones de depuración y evacuación del vertido, entre otros requisitos estipulados en el mismo. Dichas condiciones son necesarias en caso de que la solicitud de vertidos sea formulada por un particular. En el caso de las corporaciones municipales y las CCAA, se requiere lo establecido en los artículos 246.3 y 250 RDPH. Asimismo, se deberá de añadir a la declaración otros documentos requeridos en su caso en función del tipo de vertido, la forma jurídica que adopte el titular del mismo y el destino del vertido⁸⁷¹.

⁸⁶⁹ El artículo 70 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común, sobre las solicitudes de iniciación, establece que: “1. Las solicitudes que se formulen deberán contener: A) Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente, así como la identificación del medio preferente o del lugar que se señale a efectos de notificaciones; B) Hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud; C) Lugar y fecha; D) Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio; E) Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige. 2. Cuando las pretensiones correspondientes a una pluralidad de personas tengan un contenido y fundamento idéntico o sustancialmente similar, podrán ser formuladas en una única solicitud, salvo que las normas reguladoras de los procedimientos específicos dispongan otra cosa. 3. De las solicitudes, comunicaciones y escritos que presenten los interesados en las oficinas de la Administración, podrán éstos exigir el correspondiente recibo que acredite la fecha de presentación, admitiéndose como tal una copia en la que figure la fecha de presentación anotada por la oficina. 4. Las Administraciones Públicas deberán establecer modelos y sistemas normalizados de solicitudes cuando se trate de procedimientos que impliquen la resolución numerosa de una serie de procedimientos. Los modelos mencionados estarán a disposición de los ciudadanos en las dependencias administrativas. Los solicitantes podrán acompañar los elementos que estimen convenientes para precisar o completar los datos del modelo, los cuales deberán ser admitidos y tenidos en cuenta por el órgano al que se dirijan”. Véanse, también, ESCUIN PALOP, Catalina, *Presente y futuro del Derecho de aguas...*, ob. cit., p. 213; CASADO CASADO, Lucía, “Vertidos”..., ob. cit., p. 1368.

⁸⁷⁰ Orden MAM/1873/2004, de 2 de junio, por la que se aprueban los modelos oficiales para la declaración de vertido y liquidación del canon de control de vertidos regulados en el RD 606/2003, de 23 de mayo. Véanse CASADO CASADO, Lucía, “Vertidos”..., ob. cit., p. 1368; FORTES MARTÍN, Antonio, “Autorización de vertidos”..., ob. cit., p. 268.

⁸⁷¹ FORTES MARTÍN, Antonio, “Autorización de vertidos”..., ob. cit., p. 268; CASADO CASADO, Lucía, “Vertidos”..., ob. cit., p.p. 1368-1369.

Las solicitudes no denegadas se someterán a un período de información pública, por un plazo de 30 días, como lo estipula el artículo 248 RDPH. Además, cuando se trate de vertidos que puedan dar lugar a la infiltración o almacenamiento de sustancias susceptibles de contaminar acuíferos y aguas subterráneas, se requerirá un estudio hidrogeológico para demostrar la inocuidad del vertido, con el cual se podrá otorgar la autorización de vertidos (artículo 102 TRLA y artículos 257 y 258 RDPH). De esta forma, para la renovación o modificación, así como para el otorgamiento de la autorización, el interesado debe acreditar ante la Administración hidráulica que las instalaciones de depuración y los elementos de control de su funcionamiento han sido acondicionadas bajo las normas y objetivos de calidad de las aguas, como lo dispone el artículo 101.4 TRLA. Es indiscutible que el cumplimiento de las normas de calidad y los objetivos ambientales es considerado fundamental para la obtención de la autorización, lo cual se manifiesta mediante previo informe sobre los posibles efectos nocivos para el medio que se pueden derivar de la práctica de esa actividad y, asimismo, se deben incluir las características de emisión e inmisión. En los casos en que el Organismo de cuenca presuma la existencia de un riesgo grave para el medio ambiente, se someterá a la consideración del órgano ambiental competente la conveniencia de iniciar el procedimiento de evaluación de impacto ambiental (artículo 98 TRLA y 247.2 RDPH). La resolución final motivada será notificada por el Organismo de cuenca, en un plazo máximo de un año, y de no hacerlo, el interesado deberá entender que la solicitud de autorización ha sido denegada (artículo 249.2), por lo que el silencio administrativo es negativo. Además, cuando el Organismo de cuenca desestima expresamente la autorización de vertidos, lo tiene que hacer mediante resolución motivada, pero no sin antes haber llevado a cabo una audiencia con el solicitante; asimismo puede solicitar correcciones en un plazo de 30 días. Si después de este plazo no se ha realizado corrección alguna por parte del solicitante, el Organismo de cuenca denegará la autorización (artículo 247.2 RDPH)⁸⁷².

Por otra parte, en el artículo 249.4 del RDPH, se dispone que las autorizaciones de vertido tendrán una vigencia máxima de cinco años, pudiendo ser renovadas por periodos sucesivos con la misma duración al que se había autorizado. Dicho vertido tendrá que seguir cumpliendo los parámetros de calidad ambiental exigibles en todo

⁸⁷² Véase FORTES MARTÍN, Antonio, “Autorización de vertidos”..., ob. cit., p.p. 268-269.

momento. El Organismo de cuenca puede hacer la revisión de los vertidos, notificando al titular con seis meses de antelación, debido a que sobrevengan circunstancias que, de haber existido anteriormente, habrían justificado su denegación o el otorgamiento en términos distintos, para adecuar el vertido a las normas y objetivos de calidad de las aguas que sean aplicables en cada momento. Ello podrá ser así en casos excepcionales, por razones de sequía o en situaciones hidrológicas extremas a fin de garantizar los objetivos de calidad, y también, a solicitud del interesado, cuando se produzca una mejora en las características del vertido (artículo 104 TRLA)⁸⁷³.

De igual forma, la revocación de la autorización de vertido se encuentra prevista en el Ordenamiento como consecuencia del incumplimiento de las condiciones de la autorización, con lo cual se lleva a cabo un típico supuesto de revocación-sanción, señalado en el artículo 105.2a) del TRLA, en el cual se determina que “el Organismo de cuenca podrá acordar la iniciación de los siguientes procedimientos: De revocación de la autorización de vertido, cuando la hubiera, para el caso de incumplimiento de alguna de sus condiciones”. En este mismo sentido, el artículo 264.1 RDPH establece que el Organismo de cuenca podrá acordar la revocación de la autorización de vertido (cuando la hubiera), en los casos de incumplimiento de alguna de sus condiciones, con informe del Consejo del Agua de la cuenca y mediante resolución motivada, aunque previamente se deberá requerir al titular para que ajuste el vertido bajo las condiciones en las que le fue otorgada la autorización y si éste no atendiese en el plazo concedido, se procederá a lo antes estipulado. Y siguiendo esta misma senda, el artículo 251.4 RDPH manifiesta claramente que “el incumplimiento de las condiciones de la autorización podrá dar lugar a su revocación”. Además, el artículo 263 RDPH establece que cuando se incumplan las condiciones del vertido, el Organismo de cuenca podrá realizar acciones como iniciar un procedimiento sancionador y proceder a la determinación del daño causado a la calidad de las aguas; de igual forma, podrá liquidar el canon de control de vertido, de conformidad con lo establecido en el artículo 113 TRLA⁸⁷⁴. El mismo artículo también señala que se pueden comenzar procedimientos de revocación

⁸⁷³ Véanse PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”..., ob. cit., p.p. 616-617; DELGADO PIQUERAS, Francisco, “La protección ambiental de las aguas...”, ob. cit., p. 478.

⁸⁷⁴ Véanse, también, FORTES MARTÍN, Antonio, “Autorización de vertidos”..., ob. cit., p. 279; CASADO CASADO, Lucía, “Vertidos”..., ob. cit., p. 1372.

de la autorización de vertido, cuando la hubiera, en los casos de incumplimiento de alguna de sus condiciones; de autorización de vertido, si no la hubiera, cuando éste sea susceptible de legalización; y de declaración de caducidad de la concesión, para aquellos casos especialmente cualificados de incumplimiento de las condiciones o de inexistencia de autorización, de los que resulten daños muy graves para el dominio público hidráulico.

5.5.2.2. Régimen económico-financiero del dominio público hidráulico

El mantenimiento de la calidad de las aguas requiere de otro instrumento esencial, el canon, pero antes de detallar su incidencia en materia hídrica, conviene mencionar lo que son los impuestos ambientales⁸⁷⁵, ecológicos o verdes, los cuales también son aplicados en diversos ámbitos como el transporte, la energía, la utilización de los recursos naturales, etc⁸⁷⁶. Según LOZANO CUTANDA, estos impuestos pueden definirse como “tributos cuya base impositiva es una unidad física que ha supuesto un impacto negativo”⁸⁷⁷. Pero dicho “impacto negativo” no debe considerarse como tal, sino que debemos de tener en cuenta una simetría del “derecho de todos a”, con el

⁸⁷⁵ Para ROSEMBUJ, el concepto de impuesto debe considerarse con una triple exigencia: “primero, se le considera como una expresión típica de poder de imperio o de supremacía del Estado; segundo, no hay en el hecho imponible ninguna relación de ventaja o beneficio especial derivada de la actividad administrativa, a favor del contribuyente; tercero, el hecho imponible no contiene solicitud o demanda de realización de un servicio público institucional”. ROSEMBUJ, Tulio, *El impuesto ambiental*, Ed. El fisco, Barcelona, 2009, p. 121; ROSEMBUJ, Tulio, “El impuesto ambiental. Naturaleza jurídica”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Editores Esteban Pérez Alonso y Otros, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 759.

⁸⁷⁶ En este sentido, la fiscalidad ambiental puede ir desde “el establecimiento de tributos ambientales, pasando por beneficios fiscales ecológicos (o desgravaciones tributarias), hasta la introducción del elemento ecológico en la estructura de los tributos vigentes o la “reforma fiscal ecológica”. Dicho de otro modo; el Derecho tributario puede incidir en el medio ambiente por la vía del ingreso o la del gasto. A través del ingreso se articularían medidas típicamente tributarias (impuestos, tasas y contribuciones especiales) cuyo presupuesto de hecho estaría constituido por actividades de claro impacto ambiental. Por la vía del gasto podría incidirse directamente mediante un régimen subvencional o de ayudas, o bien a través de incentivos o desgravaciones fiscales que en la mayoría de los casos se convertirá en el elemento ambiental a través del cual se incide en la protección del medio ambiente” (LUCHENA MOZO, Gracia, M^a, “Instrumentos fiscales para la protección del medio ambiente”, en *Tratado de Derecho ambiental*, Dirs. Luis Ortega Alvarez/Consuelo Alonso García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 361).

⁸⁷⁷ LOZANO CUTANDA, Blanca/ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *Administración y legislación ambiental...*, ob. cit., p. 247.

“deber de todos de”, para contribuir al gasto público a través de leyes que hayan aprobado tributos acordes con la capacidad económica⁸⁷⁸. No obstante, la tributación ambiental también debe ser vista como una respuesta de protección ambiental⁸⁷⁹.

En este contexto cabe resaltar que los bienes ambientales deben llevar consigo el concepto de conservación y utilización⁸⁸⁰, ya que sería contradictorio hablar de conservar el medioambiente sin antes hacer uso de sus recursos. Por ello, se debe asegurar su reproducibilidad, para así evitar el escenario irreversible, el cual sería consecuencia de la falta de prevención, precaución y corrección del peligro puntual⁸⁸¹.

⁸⁷⁸ En este sentido podemos considerar que “el gasto público es el vehículo principal para la realización de los valores constitucionales que atañen a la persona, a las empresas, a las entidades intermedias o... a la protección y tutela de los desfavorecidos, del medio ambiente. Esto no significa que deba existir una relación directa e inmediata de equivalencia económica entre el gasto público y el deber concreto y singular de contribuir o que pueda impugnarse el pago de algún impuesto porque no beneficia particularmente al contribuyente. Pero, tampoco, que el impuesto (el tributo) es un mero instrumento autoritario que no obliga, a los poderes públicos a su aplicación consonante con los valores y principios constitucionales”. ROSEMBUJ, Tulio, *El impuesto ambiental...*, ob. cit., p. 127.

⁸⁷⁹ Cabe resaltar que desde 1920 se comenzó a hablar de la tributación ambiental a partir de la economía del bienestar, siendo el economista PIGOU su principal referente (Cfr. MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental, T. I...*, ob. cit., p. 238). Dentro de la economía del bienestar, se postula que “la actividad privada produce un coste interno que recae sobre el agente particular. Coste que puede ser diferente de su coste social, que soporta el propio agente y el resto de la sociedad. Surge de esta dicotomía el concepto de coste externo o deseconomía externa para identificar la diferencia entre el coste social y el coste interno. La externalidad puede ser signo positivo. El beneficio externo o economía externa será la diferencia entre el beneficio social provocado por la actividad privada y su coste inicial” (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús/ARRIETA ÁLVAREZ, Carlos, “El principio quien contamina paga y el canon de vertidos”, en *RAP*, N° 112, 1987, p. 289). Sobre la economía del bienestar, véase, ampliamente, PIGOU, A. C., *La economía del bienestar*, Traducido por F. Sánchez Ramos, Ed. Aguilar, Madrid, 1946.

⁸⁸⁰ “El bien ambiental es un bien inmaterial en cuanto entidad diferente de la cosa física o material que constituye su soporte o sustrato. El bien material aparece como un bien público o colectivo que no es solo imputable al Estado sino a la colectividad en general a favor de la cual existe permanente el interés difuso a su goce o fruición y el deber de conservación. El bien ambiental es un bien jurídico inmaterial seleccionado constitucionalmente y cuyo valor colectivo es digno de tutela para su existencia y reproducibilidad”. ROSEMBUJ, Tulio, *El impuesto ambiental...*, ob. cit., p.p. 151-152.

⁸⁸¹ ROSEMBUJ, Tulio, *El impuesto ambiental...*, ob. cit., p. 153. En este sentido, podemos hacer un tipo de semblanza sobre el desarrollo sostenible con los postulados de PIGOU sobre el bienestar total, el cual para dicho autor proviene del bienestar económico (que podríamos entender como desarrollo) y del bienestar no económico (que podríamos entender como la protección), en donde el bienestar no debe medirse en términos monetarios, ni tampoco que estos sean neutralizados por los “efectos producidos por las demás partes o aspectos del bienestar total”. Dando un ejemplo de lo anterior, el autor mencionaba que “los seres humanos son «fines en sí mismos» e instrumentos de producción. Por un lado, aquel que armoniza con la

En efecto, dicho lo anterior, debemos referirnos al principio “quien contamina paga”, en el cual se basan los impuestos ambientales⁸⁸², y es que, como bien se refiere MARTÍN MATEO a la efectividad de dicho principio, “implica desde luego que quien causa un daño a otros sujetos o a la comunidad, debe abonar las sumas necesarias para su resarcimiento”, si bien es cierto que, aun cuando se intente reparar el daño causado, el grado de contaminación puede ser tal, que sea muy difícil o incluso imposible su reparación⁸⁸³.

belleza de la naturaleza y el arte, cuyo carácter es sencillo y sincero, cuyas pasiones están refrendadas y cuya simpatía es grande, representa en sí un elemento esencial del mundo de los valores éticos, hasta el punto que sus sentimientos y voliciones constituyen partes integrantes del bienestar total. Por otro lado, el hombre que es capaz de acometer trabajos industriales delicados, resolver complicados problema o perfeccionar algún aspecto de la actividad práctica, también es un instrumento apto para producir factores de bienestar; el primer tipo de hombre contribuye directamente al bienestar no económico, mientras que el segundo impulsa aquel que tiene un carácter económico. En realidad, el hecho esencial ante el que nos encontramos ahora es que, hasta cierto punto, la comunidad viene obligada a elegir entre estos dos tipos de hombres, puesto que si concentramos nuestros esfuerzos en torno al bienestar económico representado por el segundo tipo del hombre, podemos poner en peligro el desarrollo del de carácter no económico, representado por el primero” (PIGOU, A. C., *La economía del bienestar...*, ob. cit., p.p. 10-11).

⁸⁸² Debemos recordar que, como hemos visto, este principio se «basa en los costes ambientales producidos por la asignación de la responsabilidad para reparar los daños causados en el medioambiente. Por ello, este principio se encarga de perseguir a los causantes de la contaminación para que se asuman los costes de las medidas preventivas, así como la reparación en el caso de que el daño ya haya sido producido, siendo una atribución de los “costos de descontaminación”. Con lo que puede considerarse como “el pago que realiza quien se beneficia por contaminar, ello en la medida de la utilización del recurso natural»”. (JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia, *El derecho ambiental y sus principios...*, ob. cit., p. 310); GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús/ARRIETA ÁLVAREZ, Carlos, “El principio quien contamina paga...”, ob. cit., p. 298; SÁNCHEZ GALIANA, José A, “La fiscalidad del agua en la Ley 9/2010, de Aguas de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Algunas consideraciones”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Editores Esteban Pérez Alonso y Otros, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 813; LUCHENA MOZO, Gracia, M^a, “Instrumentos fiscales para la protección...”, ob. cit., p.p. 355-366.

⁸⁸³ MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental, T. I...*, ob. cit., p. 239. “La actualidad económica del perjuicio o daño ambiental configura prevención o precaución sobre el autor o los autores o aquellos que producen el deterioro de los recursos y el auspicio de la proporcionalidad entre la capacidad contaminante y el pago. Y por ello su alcance evita la irreversibilidad o irreversibilidad de la perturbación provocada al bien ambiental. El principio contaminador pagador no está pensado para atender la irreproducibilidad, insustituibilidad o irremplazabilidad del recurso damnificado. Es un criterio sumamente exigido y válido en la prevención y precaución de la supervivencia del activo ambiental existente, pero fuera del límite de su extinción. De otro modo, podría llegarse al absurdo de justificar por precio la eliminación del bien ambiental, lo cual está fuera de cualquier razonabilidad” (ROSEMBUJ, Tulio, *El impuesto ambiental...*, ob. cit., p. 157).

El dominio público hidráulico no se encuentra exento de los tributos verdes o ambientales, y el Ordenamiento español contempla los cánones para su protección. Además, en este sentido, la DMA, en su artículo 9, contempla el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua. Y es que ya desde el ámbito supranacional se exhorta a que, quien use-pague y quien contamine-pague, aunque sin imponer ninguna medida fiscal concreta, limitándose sólo a impulsar a los Estados a que a más tardar en 2010 posean una política de agua en la cual se incentive su uso eficiente, así como a la recuperación de los costes⁸⁸⁴.

Así pues, la aplicación del régimen económico-financiero se establece en los artículos 111bis al 115 del TRLA, planteándose tres modalidades: el canon de utilización de los bienes del dominio público hidráulico, el canon de control de vertidos, y el canon de regulación y tarifa de utilización del agua⁸⁸⁵.

Podemos ver un precedente en el Decreto 134/1960 de 4 de febrero, en acatamiento de lo dispuesto en la Ley de 6 de diciembre de 1958 (disp. trans. 1ª y 2ª), que contemplaba algo similar al *canon de utilización de los bienes del dominio público hidráulico*, en donde estaban obligados a realizar el pago del canon “como contribuyentes, los titulares de las concesiones o autorizaciones o personas a quienes se les subroguen y en el caso de otro gravamen, los usuarios de las obras y servicios (art. 3)”⁸⁸⁶. Actualmente, dicho canon se encuentra establecido en el artículo 112 TRLA y en los artículos 284 a 288 RDPH. El Organismo de cuenca es el encargado de administrar

⁸⁸⁴ SARTORIO ALBALAT, Susana, “La tributación del agua”, en *El agua: estudios interdisciplinares*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, p. 232; ESCUIN PALOP, Catalina, *Presente y futuro del Derecho de aguas...*, ob. cit., p.229; JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael, “Una perspectiva financiera y tributaria de la calidad de las aguas”, en *La calidad de las aguas y su regulación jurídica. Un estudio comparado de la situación en España y México*, Ed. Iustel, Madrid, 2011, p.p. 166-167; JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael, “Régimen económico-financiero del agua en España”, en *El Derecho de aguas en Brasil y España. Un estudio de Derecho comparado*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, p. 249; JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael, “Régimen económico-financiero del agua”, en *Diccionario de Derecho de aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p. 827.

⁸⁸⁵ Véanse JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael, “Régimen económico-financiero del agua en España”..., ob. cit., p. 251; JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael, “Régimen económico-financiero del agua”..., ob. cit., p. 828. También, véase ADAME MARTÍNEZ, Francisco, “Régimen económico-financiero”, en *Conflictos jurídicos en la gestión y uso del agua*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p.p. 251 y ss

⁸⁸⁶ ESCUIN PALOP, Catalina, *Presente y futuro del Derecho de aguas...*, ob. cit., p.p. 233-234.

el canon, además de ser quien otorga la concesión o autorización, y en el caso de las cuencas intracomunitarias, será el organismo que haya establecido la Comunidad Autónoma. El hecho imponible de la tasa se sujeta a la ocupación, utilización y aprovechamiento de los cauces corrientes naturales y los lechos de los lagos y lagunas y de los embalses superficiales en cauces públicos, que requieran concesión o autorización administrativa⁸⁸⁷.

No obstante, el principio medioambiental “quien contamina paga” definitivamente ha influido en gran medida al establecimiento del *canon de vertidos*, siendo incorporado a la LA de 1985, en el artículo 105, que tenía la finalidad de proteger y mejorar el medio receptor de cada cuenca hidrográfica. Este canon no tuvo el éxito previsto, ya que tenía ciertas deficiencias que no le dejaron cumplir su finalidad protectora del recurso hídrico. Uno de sus defectos era su eficacia recaudatoria, la cual era muy baja, así como también una baja efectividad en el sistema de cobro, el cual era gestionado por los Organismos de cuenca. Este tipo de problemas entorpecían la recuperación de los recursos financieros necesarios para una adecuada vigilancia, control, administración y protección del dominio público hidráulico. Sin embargo, el TRLA vuelve a retomar el canon, pasando a denominarse “*canon de control de vertidos*”, y en su artículo 113.1 señala que “los vertidos al dominio público hidráulico estarán gravados con una tasa destinada al estudio, control, protección y mejora del medio receptor de cada cuenca hidrográfica, que se denominará canon de control de vertidos”; también se encuentra regulado por los artículos 289 a 295 del RDPH. Este canon es una tasa que grava los vertidos que se hacen al dominio público hidráulico, independientemente si existe una autorización o no para dicha actividad, aunque en caso de que no existiese, el tributo podrá ser compatible con una sanción por la infracción cometida⁸⁸⁸.

⁸⁸⁷ SARTORIO ALBALAT, Susana, “La tributación del agua”..., ob. cit., p. 233 y 235; JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael, “Régimen económico-financiero del agua”..., ob. cit., p. 830.

⁸⁸⁸ SARTORIO ALBALAT, Susana, “La tributación del agua”..., ob. cit., p.p. 241-242; PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”..., ob. cit., p. 619; OLLER RUBERT, Marta, “El canon de vertido estatal y los cánones de saneamiento autonómicos: el canon de saneamiento valenciano. Breve apunte de Derecho comparado alemán”, en *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, N° 294-295, 2004, p.p. 487 y 489; LOZANO CUTANDA, Blanca/ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *Administración y legislación ambiental*..., ob. cit., p. 251; JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael, “Régimen económico-financiero del agua”..., ob. cit., p. 831.

En el artículo 114 TRLA y los artículos 296 a 312 RDPH se encuentra regulado el *canon de regulación y tarifa de utilización del agua*, que aunque se trate de dos figuras, presentan similitudes. Se gestionan por el Organismo de cuenca, a excepción de las cuencas intracomunitarias. Para la *regulación hidráulica*, se ven obligados a pagar dicha tasa “los beneficiados por las obras de regulación de las aguas superficiales o subterráneas, financiadas total o parcialmente con cargo al Estado”, siendo su finalidad “compensar los costes de la inversión que soporte la Administración estatal y atender los gastos de explotación y conservación de tales obras”. Por lo que respecta a la *tarifa de utilización del agua*, se trata de un gravamen por la “disponibilidad o uso del agua”, hecho para “compensar los costes de inversión y atender los gastos de explotación y conservación de tales obras”⁸⁸⁹.

5.5.2.3. Saneamiento

Por último, otro instrumento indispensable para el mejoramiento de la calidad de las aguas, además de evitar que se contamine cualquier cuerpo receptor, es el saneamiento⁸⁹⁰, el cual protege objetivos de suma importancia, como la higiene urbana, el medioambiente, la calidad de las aguas, etc. Esta herramienta se encuentra supeditada a la acción de cualquier persona o ente de verter aguas residuales (ya sean urbanas, industriales, domésticas, agrícolas) a los sistemas de alcantarillado o de saneamiento, antes de que llegue a cualquier cuerpo de agua. Su concepto comprende una serie de actividades diferentes, entre las que se encuentran: recogida de aguas, conducción de las aguas hasta el lugar adecuado, tratamiento. Ello tiene un objetivo en común: suprimir cualquier contenido contaminante que pueda acarrear daños a la salud pública y a los cuerpos de aguas, antes de ser vertidos al dominio público hidráulico, por lo que nos

⁸⁸⁹ JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael, “Régimen económico-financiero del agua”..., ob. cit., p.p. 833-834; LOZANO CUTANDA, Blanca/ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *Administración y legislación ambiental*..., ob. cit., p. 252; ESCUIN PALOP, Catalina, *Presente y futuro del Derecho de aguas*..., ob. cit., p. 238; SARTORIO ALBALAT, Susana, “La tributación del agua”..., ob. cit., p.p. 236-237.

⁸⁹⁰ Para MARTÍN MATEO, el saneamiento es “la retirada de la carga contaminante contenida en un efluente líquido”, con lo que se intenta evitar alteraciones en la calidad de las aguas, que en este caso serían las continentales. MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental, T. II*,..., ob. cit., p. 67.

encontramos con una actividad bastante compleja, encaminada a mejorar la calidad de las aguas⁸⁹¹.

El saneamiento de las aguas se puede establecer en dos etapas: la primera de ellas cuando las aguas residuales provenientes de los diversos vertidos son recogidas y conducidas, mediante la red de alcantarillado y colectores, hasta las instalaciones de depuración, conocida como saneamiento en baja; la segunda fase es en la que dichas aguas son tratadas para poder aumentar la calidad de las mismas, antes de ser devueltas a los cuerpos de agua, conocida como saneamiento en alta⁸⁹².

Cabe señalar que el saneamiento también se ha visto influido por las normativas supranacionales de Europa, dado que las Directivas han impulsado la regulación española de dicha materia, asentando las delimitaciones para proteger la calidad hídrica mediante esta herramienta⁸⁹³. En este contexto, debemos mencionar que a partir de la Directiva 91/271/CEE, sobre tratamiento de las aguas residuales urbanas⁸⁹⁴, se establece

⁸⁹¹ SETUÁIN MENDÍA, Beatriz, “Saneamiento de aguas residuales urbanas”, en *Diccionario de Derecho de aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p. 879. En 1848, en Inglaterra con la *Public Health Act*, comienza el “higienismo moderno”, en donde se visualiza el saneamiento contemporáneo, mediante los trabajos para el alcantarillado de Londres (MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental*, T. II,..., ob. cit., p. 68).

⁸⁹² SETUÁIN MENDÍA, Beatriz, “Saneamiento de aguas residuales urbanas”..., ob. cit., p. 880; EMBID IRUJO, Antonio, “El Derecho a los servicios de agua potable y saneamiento”, en *La calidad de las aguas y su regulación jurídica. Un estudio comparado de la situación en España y México*, Ed. Iustel, Madrid, 2011, p. 66; MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental*, T. II,..., ob. cit., p. 67; RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel, “la protección de la calidad de las aguas frente a los vertidos de aguas residuales urbanas a través de su saneamiento y depuración”, en *Nuevo Derecho de aguas*, Ed. Thomson-Cívitas, Navarra, 2007, p. 559.

⁸⁹³ Podríamos resumir las Directivas que impactan sobre la regulación del saneamiento, ya sea directamente, como la Directiva 91/271 del 2 de mayo, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas, así como al posterior deshecho de las mismas, Directiva 76/464 de 4 de mayo, sobre vertido de determinadas sustancias peligrosas al medio acuático. La Directiva 2000/60 (DMA), como ya hemos mencionado, adopta un enfoque combinado valores límite de emisión/objetivos de calidad para el control de la contaminación del agua. De igual forma, podemos hacer referencia a la aplicación de los residuos generados por la actividad depuradora, regulada en la Directiva 86/278, de 12 de junio, sobre protección del medio ambiente frente a la utilización de los lodos de depuradora. Véase SETUÁIN MENDÍA, Beatriz, “Saneamiento de aguas residuales urbanas”..., ob. cit., p. 881.

⁸⁹⁴ “Esta Directiva fue transpuesta al Derecho español mediante el Real Decreto-Ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas. En dicho Real Decreto-Ley y siguiendo el Derecho comunitario, se contenía la definición del concepto básico de «aglomeración urbana» definida como la «zona geográfica

la obligación de proveer el tratamiento adecuado antes del 2005. Como consecuencia de ello, todos los vertidos de aguas residuales urbanas procedentes de aglomeraciones cuya carga contaminante sea superior a 2.000 habitantes-equivalentes, si vierten a aguas continentales y estuarios, y 10.000 habitantes-equivalentes, si vierten a aguas costeras, deben forzosamente ser saneadas antes de ser vertidas a algún cuerpo de agua⁸⁹⁵. Posteriormente, y a partir de la DMA, se aprobó el Plan Nacional de Calidad de las Aguas 2007-2015, con el que se pretende articular esfuerzos entre la Administración General del Estado y las CCAA, para poder cumplir con las exigencias de las Directivas⁸⁹⁶.

La normativa interna otorga competencias a las Administraciones para llevar a cabo acciones de saneamiento. En dicha legislación podemos encontrar leyes que, junto con otras cuestiones, hacen referencia al saneamiento, ya que su carácter hídrico es general (esta legislación solamente pone en relieve la necesidad del saneamiento)⁸⁹⁷, así

formada por uno o vario municipio, o por parte de uno o varios de ellos, que por su población o actividad económica constituya un foco de generación de aguas residuales que justifique su recogida y conducción a una instalación de tratamiento o a un punto de vertido final» (EMBID IRUJO, Antonio, “El Derecho a los servicios de agua potable y saneamiento”..., ob. cit., p. 79); MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental*, T. II,..., ob. cit., p. 77.

⁸⁹⁵ EMBID IRUJO, Antonio, “El Derecho a los servicios de agua potable y saneamiento”..., ob. cit., p. 79; MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental*, T. II,..., ob. cit., p. 80; RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel, “la protección de la calidad de las aguas frente a los vertidos...”, ob. cit., p. 560. “El Ministerio de Medio Ambiente en su informe anual de 2003 afirma que el 67% de la población gozaba de una depuración de aguas según los criterios de la Directiva, frente a un 17% que, aunque no era conforme a la Directiva, se encontraba en fase de construcción y un 16% en el que el estado de depuración no era conforme a lo establecido en la normativa europea. De las 1573 instalaciones de tratamiento (EDAR) en funcionamiento o en construcción existentes a fecha de 1 de enero de 2003, 87 realizaban tratamientos primarios, 926 tratamientos secundarios, 274 aplicaban tratamientos más rigurosos y 286 se encontraban en construcción. A fecha de 31 de diciembre de 2005 la situación había mejorado notablemente, así el 77% de la depuración de aguas era conforme a los parámetros comunitarios, el 14% aunque no lo eran, se consideraban en construcción y sólo el 9% no eran conformes a la Directiva 91/271/CEE” (OLLER RUBERT, Marta, *Saneamiento de aguas residuales y reforma del Derecho administrativo*, Ed. Atelier, Barcelona, 2008, p. 105).

⁸⁹⁶ “El Plan Nacional de Calidad de las Aguas 2007-2015 quiere conectar toda esta actividad de depuración y saneamiento de las aguas con la reutilización de las aguas residuales depuradas. A estos efectos se prevé un muy notable incremento de la reutilización (que hoy abarca sólo al 13% de las aguas depuradas)” (EMBID IRUJO, Antonio, “El Derecho a los servicios de agua potable y saneamiento”..., ob. cit., p. 80); RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel, “la protección de la calidad de las aguas frente a los vertidos...”, ob. cit., p. 561.

⁸⁹⁷ En este sentido el RDLeg 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas, el RD 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del

como leyes acerca del tema en cuestión (disponiendo de una gran actuación las Autonomías)⁸⁹⁸.

El TRLA contiene referencias sobre el saneamiento y, aunque no se centra en dicho instrumento, queda claro el objetivo principal de la norma, la calidad de los recursos hídricos⁸⁹⁹. A lo largo de esta normativa se puede observar la influencia de la DMA en cuanto a la defensa de los recursos hídricos, siendo el saneamiento una herramienta indispensable para el mencionado objetivo. La calidad tiene mayor énfasis en el Título V “La protección del dominio publico hidráulico y de la calidad de las aguas” del TRLA, en donde dos aspectos sobresalen: el primero, abarcado por el articulado del 92 al 99, determina el modelo de protección del medio ambiente (resultantes de la DMA, transponiendo parcialmente: objetivos de la protección ambiental del dominio hídrico, objetivos medioambientales a alcanzar para conseguir una adecuada protección de las aguas, estados de las masas de agua, elaboración de

Dominio Público Hidráulico (modificado por el RD 606/2003, de 23 de mayo), el RD 927/1988, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica (RAPA), la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional (modificado por el RD Ley 2/2004, de 18 de junio, posteriormente convertido con otros contenidos adicionales en Ley 11/2005, de 22 de junio), el RD 1664/1998, de 24 de julio por el que se aprueban los PPHCC intercomunitarias, así como las sucesivas OOMM de agosto y septiembre de 1999. Véase SETUÁIN MENDÍA, Beatriz, “Saneamiento de aguas residuales urbanas”..., ob. cit., p. 882.

⁸⁹⁸ Por lo que respecta al ámbito autonómico podemos referirnos a Madrid (Ley 17/1984, de 20 de diciembre, reguladora del abastecimiento y el saneamiento de agua), Navarra (Ley floral 10/1988, de 29 de noviembre, de saneamiento de aguas residuales), Baleares (disposición adicional 13.^a Ley 13/1988, de 29 de diciembre, y Decreto 115/2005, de 11 de noviembre, de la Agencia Balear del Agua y de la Calidad Ambiental), Canarias (Ley 12/1990, de 26 de julio, de aguas y Decreto 174/1994, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Control de Vertidos para la Protección del Dominio Público Hidráulico), Valencia (Ley 2/1992, de 26 de marzo, de saneamiento de aguas residuales), Asturias (Ley 1/1994, de 21 de febrero, de abastecimiento y saneamiento), La Rioja (Ley 5/2000, de 25 de octubre, de saneamiento y depuración), Murcia (Ley 3/2000, de 12 de julio, de saneamiento y depuración), Aragón (Ley 6/2001, de 17 de mayo, de ordenación de la calidad y participación en la gestión del agua), Galicia (Ley 8/2001, de 2 de agosto, de protección de la calidad de las aguas y de ordenación del servicio público de depuración de aguas residuales urbanas), Cantabria (Ley 2/2002, de 29 de abril, de saneamiento y depuración de las aguas residuales), Castilla-La Mancha (Ley 12/2002, de 27 de junio, reguladora del ciclo integral del agua) y Cataluña (DLeg 3/2003, de 4 de noviembre, pro el que se aprueba el Texto Refundido de la legislación de aguas en Cataluña, TRLACat). Véase SETUÁIN MENDÍA, Beatriz, “Saneamiento de aguas residuales urbanas”..., ob. cit., p.p. 887-888.

⁸⁹⁹ RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel, “la protección de la calidad de las aguas frente a los vertidos...”, ob. cit., p.p. 561-562.

programas de medidas, concepto de contaminación, policía de aguas, etc.). El segundo, en los artículos 100 a 108 bis, donde se establece las disposiciones de vertidos. Por ello, podemos afirmar que estas enumeraciones son las que más relación tienen con el saneamiento. Aunque no se este tratando propiamente, su regulación pone en claro la necesidad de la presente actividad. Prueba de ello es que (como ya hemos mencionado anteriormente) la autorización de vertido no será concedida sin la descripción de las instalaciones de depuración, así como las características cuantitativas, cualitativas y temporales, entre otros requisitos, con lo que se hace alusión a la necesidad del saneamiento⁹⁰⁰.

Por otra parte, la planificación hidrológica (otro de los puntos medulares de la normativa hídrica), desempeña un rol muy importante para la conservación de la calidad de las aguas continentales; por ende, el saneamiento es fundamental para el PHN. Entre los objetivos generales del Plan previstos en su artículo 2.1, se establece que es indispensable alcanzar el buen estado del dominio público hidráulico, y en particular de las masas de agua, así como reequilibrar las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad y economizando sus usos, en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales. Para ello, se tomarán las medidas necesarias para la coordinación de los diferentes Planes Hidrológicos de cuenca, así como otras acciones. Aunque debemos hacer hincapié en que dentro de los objetivos del PHN no se encuentra explícitamente el saneamiento, con lo anterior podemos decir que se hace la referencia implícita mediante la exigencia de calidad⁹⁰¹.

Por otro lado, tiene importancia que hagamos referencia al Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de febrero de 1995, el cual, siendo un instrumento que carece de valor normativo, es trascendental, ya que sirvió para despejar la transposición de la Directiva 91/271, sobre tratamiento de aguas residuales urbanas. En este sentido, debemos darle un gran valor al RD-Ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las

⁹⁰⁰ SETUÁIN MENDÍA, Beatriz, “Saneamiento de aguas residuales urbanas”..., ob. cit., p.p. 882-883.

⁹⁰¹ SETUÁIN MENDÍA, Beatriz, “Saneamiento de aguas residuales urbanas”..., ob. cit., p. 883.

normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas, desarrollado por el RD 509/1996, de 15 de marzo⁹⁰².

5.5.3. Medidas sancionadoras (“*ex post*”)

Para finalizar, debemos hacer mención al ámbito represivo en el Derecho de aguas, el cual sanciona las actividades que incumplan las normas, mediante la sobreexplotación o contaminación del agua, y cuando se le de otro uso fuera del autorizado. Ello se encuentra previsto en el régimen sancionatorio que contempla el TRLA, en su título VII “De las infracciones y sanciones y de la competencia de los tribunales”, artículos 116 a 121bis. De igual forma, el Derecho penal tipifica las conductas que atentan contra el agua, aunque no específicamente. Dicho lo anterior, es necesario advertir que este último instrumento será analizado en el capítulo posterior.

⁹⁰² SETUÁIN MENDÍA, Beatriz, “Saneamiento de aguas residuales urbanas”..., ob. cit., p.p. 884-885; RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel, “la protección de la calidad de las aguas frente a los vertidos...”, ob. cit., p. 567 y 574.

CAPITULO VI

ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS E ILÍCITOS PENALES PARA LA PROTECCIÓN DE LAS AGUAS

SUMARIO. 6.1. Consideraciones generales; 6.2. La tutela administrativa del agua; 6.3. La tutela penal del agua; 6.3.1. Bien jurídico: medioambiente (remisión a otro lugar); 6.3.2. El agua como objeto material; 6.3.3. Sujeto activo. Particular referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas; 6.3.4. Sujeto pasivo; 6.3.5. Conducta típica: elementos objetivos; 6.3.5.1. El reenvío normativo: la “contravención de las Leyes u otras disposiciones de carácter general”; 6.3.5.2. La existencia de un acto de contaminación; 6.3.5.3. La creación de una situación de peligro grave para el equilibrio de los sistemas naturales; 6.3.5.4. Toma de postura; 6.3.6. Antijuridicidad/Justificación: la autorización administrativa de vertido (remisión a otro lugar); 6.3.7. Aspectos subjetivos; 6.3.8. Tipos cualificados; 6.3.9. Distinción entre infracciones administrativas y penales en materia de aguas: el criterio de la gravedad.

6.1. Consideraciones generales

Como hemos puesto de manifiesto, existe una gran problemática con la contaminación del medioambiente, y en especial con los recursos hídricos, y es por ello que la intervención jurídica se hace necesaria, para así poder asegurar la calidad y cantidad del agua para su aprovechamiento seguro, y no sólo para los seres humanos, sino para todos los seres vivos y los ecosistemas. Bajo estos planteamientos, hemos analizado diversos instrumentos jurídicos para proteger los recursos naturales, dividiéndolos en tres grupos: el primero son las medidas previas o “*ex ante*”, el segundo es la *conservación y mejora*, y el tercero son las *medidas sancionadoras o “ex post”*, que se encuentran amparadas en el Derecho penal y en el Derecho administrativo,

mediante sus instrumentos de sanción⁹⁰³. Y es que tenemos que recordar que, ya desde la CE, en su artículo 45.3, se establecen las sanciones administrativas y penales para el cuidado del medioambiente.

Debemos plantearnos ahora uno de los principales problemas que plantean las medidas sancionadoras en el medioambiente, y específicamente en el agua, ya que existe un continuo conflicto de las sanciones administrativas con las sanciones penales, cuando se conoce de conductas similares, y con ello una problemática en su delimitación, lo que crea una dificultad en la armonización y graduación de sus intervenciones, que en ocasiones no son claras⁹⁰⁴. Sin embargo, se debe tener en cuenta la función del Derecho penal como *ultima ratio* y el principio de subsidiaridad. Por lo tanto, de estas dos ramas del Ordenamiento, que deben ser consideradas como “medios de control social”, ya que previenen conductas contrarias al Derecho que afectan la convivencia social y sus intereses, es el Derecho penal el que castiga con sanciones más severas como resultado de conductas más graves⁹⁰⁵. Además, como hemos señalado anteriormente, el principio *non bis in idem* impide que exista una dualidad de sanciones para los mismos sujetos, hechos y fundamentos de Derecho⁹⁰⁶.

⁹⁰³ En este sentido, CALVO CHARRO sostiene que en primer termino se deben de tener en cuenta las “normas preventivas que fijen los márgenes de lo lícito y lo ilícito para que, a posteriori, puedan las represivas describir las infracciones y marquen los controles y medios positivos previos para una conservación y restauración del medio ambiente cuya conculcación otorgue contenido cierto a los injustos amenazados con sanción”. CALVO CHARRO, María, *Sanciones medioambientales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, p.p.11-12.

⁹⁰⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “El agua como objeto de protección penal en su vertiente ambiental”, en *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 1074.

⁹⁰⁵ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “El agua como objeto de protección penal...”, ob. cit., p. 1074; DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1996, p.p. 61-62. En general, véanse GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción...*, ob. cit., p. 44; HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p.p 113 y ss; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control...*, ob. cit., p.p.31-36; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 175-177; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 531-534.

⁹⁰⁶ La imposibilidad de sumar la sanción administrativa a la penal “no excluye otro tipo de medidas, como la declaración de caducidad, revocación o suspensión de la autorización o concesión que disfrutara el penado, ya que, aparte de producirse en un procedimiento que no es el sancionador, estas potestades se insertan en un marco de relaciones especiales de sujeción”.

Sin embargo, identificar cuando se debe de actuar mediante el Derecho penal y cuando mediante el Derecho administrativo, para castigar conductas que afecten a los recursos hídricos, sigue siendo un problema, si bien es cierto que el Derecho penal ha tenido una gran expansión⁹⁰⁷. Así pues, el Derecho penal viene a compartir territorios de otros Ordenamientos⁹⁰⁸, en este caso del Derecho administrativo⁹⁰⁹, por lo que esta expansión, que llega al medioambiente, y por ende al agua, ha puesto en entredicho el principio de intervención mínima⁹¹⁰. En este sentido, MORILLAS CUEVA opina que el

DELGADO PIQUERAS, Francisco, *Derecho de aguas y medio ambiente*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, p. 245.

⁹⁰⁷ Anteriormente, hemos hecho mención sobre la postura de MÜLLER-TUCKFELD, quien cree que debe abolirse el Derecho penal medioambiental, ya que considera que es ineficaz, y además padece de déficit en su ejecución. MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 517.

⁹⁰⁸ Alguno autores como MORILLAS CUEVA opinan que el Derecho penal viene a hacer una “ocupación progresiva” de otros territorios jurídicos, con lo cual no estamos de acuerdo, ya que la ocupación se puede entender como una invasión, y creemos que el Derecho penal no esta invadiendo, sino aportando medidas jurídicas en ámbitos donde ya han fallado otros sectores. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “El agua como objeto de protección penal...”, ob. cit., p.1076.

⁹⁰⁹ “El Derecho penal se adentra en la realidad medioambiental de la mano del Derecho administrativo. Se produce así una remisión del Derecho penal a través de la conocida fórmula de las normas penales en blanco a lo que la regulación administrativa valore como atentatorio al medio ambiente”. ESTEVE PARDO, José, “Protección penal y accesoriedad administrativa en la nueva regulación para la protección del medio ambiente”, en *Incidencia medioambiental y Derecho sancionador*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 125.

⁹¹⁰ En este sentido, podemos referirnos a la STS 2184/2001 de 23 de noviembre, RJ 2002/618, la cual además considera que el Derecho penal del medioambiente está justificado porque “el legislador da respuesta con ello a una acuciante demanda social: la necesidad de preservar eficazmente el equilibrio de los sistemas naturales goza actualmente de un consenso prácticamente unánime. Por otra parte esta tutela penal cumple las tres exigencias del principio de intervención mínima: el medio ambiente constituye un bien jurídico digno de protección penal, necesitado de protección penal por la peligrosidad y gravedad de los ataques de que es objeto y susceptible de protección penal, a través de la técnica de los delitos de peligro. La protección penal se otorga al medio ambiente como bien jurídico autónomo, tanto respecto de los bienes jurídicos tradicionales como de la normativa o actuación administrativa. Es un bien jurídico relevante por sí mismo: no se trata meramente de asegurar la eficacia de la intervención administrativa ni de sancionar la desobediencia del sujeto respecto de la normativa de protección ambiental, sino de proteger directa y primariamente el equilibrio de los sistemas naturales. La tutela del bien jurídico medio-ambiente exige la coordinación de medidas administrativas y penales que se complementan, ocupando cada ordenamiento su lugar específico: al derecho administrativo le corresponde desempeñar un papel preventivo y sancionador de primer grado, reservando el Derecho Penal, conforme al principio de intervención mínima, para las infracciones más graves”. También podemos mencionar la STS 1705/2001 de 29 septiembre, RJ 2001/8515, retomada por la STS 7/2002 de 19 de enero, RJ 2002/1315, en las que se afirma que “el medio ambiente que se puede considerar adecuado es

Derecho penal debe tener una “presencia real y eficaz”, pero con “absoluto respeto al significado más estricto del principio de intervención mínima y de los demás principios delimitadores de las garantías punitivas básicas en el Estado democrático y de Derecho”⁹¹¹. También en esta línea cabe resaltar la afirmación que hacen PRATS CANUT y MARQUÈS I BANQUÉ, quienes valoran que el Derecho penal en la regulación del Derecho ambiental “debe constituir el último eslabón de la pirámide en donde podrá desplegar sus efectos”⁹¹². Y es que la sanción administrativa debe ser tomada como un paso previo a la sanción penal, operando el Derecho penal como “última instancia”⁹¹³, si bien debemos determinar si una conducta contraria a Derecho

un valor de rango constitucional puesto que el derecho a disfrutarlo y el deber de conservarlo aparecen proclamados en el art. 45.1 de la Norma fundamental. La importancia de este valor aconseja no recurrir con demasiada facilidad al principio de “intervención mínima” cuando se trata de defenderlo mediante la imposición de las sanciones legalmente previstas a los que lo violan. El citado art. 45 CE, en su tercer párrafo, proporciona una pauta a seguir en este sentido al prever que la ley establecerá “sanciones penales o, en su caso, administrativas” para los que violen el medio ambiente. Debe tomarse, en consecuencia, con ciertas reservas la afirmación – deslizada ocasionalmente en alguna resolución de esta misma Sala– de que el Derecho penal actúa, en la protección penal del medio ambiente, de forma accesoria y subsidiaria con el respeto al derecho administrativo. Una cosa es que la realización del delito contra el medio ambiente presuponga que sea grave el peligro para la salud de las personas o el perjuicio en las condiciones de la vida animal o vegetal derivados de la acción típica y otra, completamente distinta y no acorde con la relevancia del bien jurídico protegido, es que la interpretación del art. 347 bis CP/1973 –y de los preceptos que lo han sustituido y ampliado en el capítulo III del título XVI CP/1995– haya de hacerse sistemáticamente bajo la inspiración prioritaria del principio de intervención mínima”.

⁹¹¹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “El agua como objeto de protección penal..., ob. cit., p. 1079.

⁹¹² Continúan los autores señalando: “los cuales son absolutamente tributarios de la legislación extrapenal, no sólo por las exigencias derivadas del principio de necesidad de la intervención, sino también por la propia dimensión de accesoriadad del Derecho penal en esta materia, íntimamente ligada a las exigencias que se derivan de la regulación extrapenal que en mayor o menor medida se convierte en punto de referencia, cuando no en presupuesto, de la intervención penal y que en definitiva opera como criterio de eficacia del propio Derecho penal” (PRATS CANUT, Josep Miquel/MARQUÈS I BANQUÉ, María, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Comentarios al Nuevo Código penal*, 3ª ed., Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 1679); en este sentido podemos agregar que “la dependencia del Derecho administrativo no puede llevarse al extremo de creer que el Derecho penal será en todo caso y únicamente el instrumento para aplicar penas a las conductas que son ilícitas por el Derecho administrativo, puesto que ello no sería ya «subsidiariedad» sino una actuación vicaria ajena al sentido y fundamento de la intervención del sistema punitivo, el cual no puede basarse en conductas que sean exactamente las misma que toma en consideración otra rama del Derecho, por mucho que sea la rama «necesariamente precedente»” (PRATS CANUT, Josep Miquel/MARQUÈS I BANQUÉ, María/MORÁN MORA, Carolina, *Derecho penal ambiental y Derecho comunitario. La Directiva IP*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002, p. 82).

⁹¹³ No obstante, conviene referirse a la polémica planteada por GIMBERNAT ORDEIG, en cuanto a la terminología sobre el carácter del Derecho penal, si este debe ser llamado

corresponde a un Ordenamiento o a otro. Estas manifestaciones punitivas del Estado, que también se encuentran en la protección de los recursos hídricos, serán las que analizaremos a continuación.

6.2. La tutela administrativa del agua

Las sanciones administrativas son un instrumento necesario para proteger el medioambiente, las cuales deben ir encaminadas a prevenir los daños, garantizando de esta forma la protección y uso adecuado de los diversos aspectos ambientales, siendo el dominio público hidráulico uno de ellos⁹¹⁴. A este respecto, debe tenerse en cuenta la norma que regula los principios de procedimiento sancionador, la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP)*⁹¹⁵, que en su artículo 129.1 establece que “constituyen

«secundario» o «última instancia», y es que dicho autor considera que “por «secundario» se entiende en lenguaje corriente algo carente de importancia, irrelevante. Y el Derecho penal es todo menos eso”. Por ello, cree que se debe de hablar de «última instancia», y el autor expone un ejemplo bastante claro, diciendo que “si a un enfermo se le puede curar fácilmente con medicinas, ningún médico le ordenará seis meses de reposo absoluto para alcanzar el objeto de devolverle la salud. Y si a otro enfermo le bastan seis meses de reposo para recuperarse, ningún cirujano le someterá a una grave operación quirúrgica para lograr la misma recuperación. No obstante, a nadie se le ocurrirá decir, por ello, que la cirugía, comparada con otros medios terapéuticos, tiene carácter «secundario»... más correcto sería decir que tiene un carácter de «última instancia»”. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009 (reimpresión), p.p. 24-25.

⁹¹⁴ AGUADO I CUDOLÀ, Vinceç, “El régimen administrativo sancionador en materia de aguas: un instrumento de protección del dominio público hidráulico y de un uso adecuado de los recursos hídricos”, en *El agua: estudios interdisciplinarios*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, p. 308. En este sentido, CALVO CHARRO se refiere a las sanciones administrativas en el medioambiente como un “mal infligido a un administrado en el ejercicio de la correspondiente potestad administrativa por un hecho o una conducta constitutivos de infracción asimismo administrativa, es decir, tipificado legal y previamente, que ocasione daños al medio ambiente. Entendiendo por tal los concretos recursos naturales que lo conforman, es decir, las aguas (continentales y marinas), el aire, el suelo, subsuelo, la fauna y flora... sin olvidar, por otra parte, la indudable existencia de un medio ambiente «urbano» que es asimismo necesario preservar” (CALVO CHARRO, María, *Escritos de Derecho ambiental*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p.p. 242-243).

⁹¹⁵ La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, contempla el Título IX sobre “la Potestad sancionadora”, el cual desarrolla dos capítulos, el primero sobre los “principios de la potestad sancionadora”(arts. 127-133), y el segundo sobre los “principios del procedimiento sancionador”(arts. 134-138). También es de observar el Real Decreto 1396/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Véanse

infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley”. Además, agrega dicha norma que “sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia” (artículo 130.1), con lo que se admite la posibilidad de responsabilizar a las personas jurídicas⁹¹⁶.

Dentro de la legislación ambiental podemos encontrar diferentes tipos de infracciones, que variarán dependiendo del área ambiental que se quiera proteger, respondiendo así a actos como el desarrollo de actividades sin la autorización necesaria, exceder los límites que la autorización amparaba, incumplir la obligación de comunicación (declaraciones), puesta en peligro del medioambiente, producir daños a los elementos ambientales, etc. Por lo general, las infracciones ambientales se clasifican en leves, graves o muy graves (aunque hay excepciones como es el caso del TRLA que las califica como infracciones leves, menos leves, graves y muy graves; la Ley de Costas solamente en infracciones leves o graves, lo cual puede reflejar una falta de armonización en la legislación administrativa)⁹¹⁷. Lo anterior también se plantea en la LRJAP, en su artículo 131.3, la cual señala que “en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del

PÉREZ MARÍN, Antonio/SÁNCHEZ NÚÑEZ, Pedro, *Derecho de las aguas continentales (A propósito de la Ley de Aguas para Andalucía con comentario a su articulado)*, Ed. Iustel, Madrid, 2011, p. 261; TORRES LÓPEZ, M^a Asunción, “El Derecho sancionador: ámbito penal y ámbito administrativo”, en *Derecho ambiental (adaptado al EEES)*, Dir. María Asunción Torres López/Estanislao Arana García, Ed. Tecnos, Madrid, 2012, p.p. 166 y 169; LOZANO CUTANDA, Blanca/ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *Administración y legislación ambiental...*, ob. cit., p. 357; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, *Sistema jurídico-administrativo de protección del medio ambiente*, Ed. Ratio legis, Salamanca, 2012, p. 287.

⁹¹⁶ También en el Código penal español, a partir de su modificación a través de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31bis), con lo cual se pone fin al aforismo “*societas delinquere non potest*”, como veremos posteriormente.

⁹¹⁷ En este sentido, la mencionada graduación de un hecho se determina, por lo general, por el riesgo que la acción suponga o el ataque que sufra medioambiente o el aspecto que se está protegiendo. Además, para la consecución de una buena valoración de riesgo o afectación del medioambiente, se tiene que contar con la ayuda de técnicos especialistas en la materia, para que se pueda elaborar un informe sobre el hecho en concreto que está atacando al medioambiente. DE MIGUEL PERALES, Carlos, *Derecho español del medio ambiente*, Ed. Cívitas, Madrid, 2000, p. 257; TORRES LÓPEZ, M^a Asunción, “El Derecho sancionador: ámbito penal y ámbito administrativo”..., ob. cit., p. 169; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, *Sistema jurídico-administrativo de protección...*, ob. cit., p. 290.

hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada”, estableciendo así el principio de proporcionalidad⁹¹⁸. Existen varios tipos de sanciones administrativas en el ámbito ambiental, como la retirada temporal o definitiva de la autorización, la paralización total o parcial, temporal o definitiva de la actividad, y el cierre total o parcial, temporal o definitivo de las instalaciones, pero el tipo de sanción que comúnmente se impone es la multa, de la que podríamos decir que es la “sanción por excelencia”⁹¹⁹, la cual ha experimentado un endurecimiento en materia ambiental. Inclusive, en algunos casos, llegan a ser sanciones millonarias, debido a que se encuentran dirigidas a las grandes empresas, para evitar que se internalicen en los costes de producción, viéndose así superado cualquier beneficio obtenido de la actividad ilícita; en otras palabras, “evitar su rentabilidad”. En este sentido, la LRJAP en su artículo 131.2 establece que “el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”⁹²⁰.

El origen de las infracciones y sanciones en materia de aguas en España, no proviene de una Ley de aguas, sino del Código penal, y es que la LA de 1879 no contenía ninguna consideración al respecto, por lo que fue el Código penal de 1928 en donde se tipificó como delito la utilización fraudulenta, la alteración, detención del curso de las aguas o sus aprovechamientos ilegales. En buena lógica, los Códigos posteriores siguieron protegiendo el agua, cuya tutela se ha ido perfeccionando con el

⁹¹⁸ “...considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: A) La existencia de intencionalidad o reiteración; B) La naturaleza de los perjuicios causados; C) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme”. LOZANO CUTANDA, Blanca/ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *Administración y legislación ambiental...*, ob. cit., p. 360.

⁹¹⁹ DE MIGUEL PERALES, Carlos, *Derecho español del medio ambiente...*, ob. cit., p.p. 259-260; TORRES LÓPEZ, M^a Asunción, “El Derecho sancionador: ámbito penal y ámbito administrativo”..., ob. cit., p. 169; LOZANO CUTANDA, Blanca/ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *Administración y legislación ambiental...*, ob. cit., p. 364; CALVO CHARRO, María, *Sanciones medioambientales...*, ob. cit., p.p. 145-147.

⁹²⁰ A este respecto, podemos referirnos a la Ley 40/2010, de 29 de diciembre, de almacenamiento geológico de carbono, la cual tiene el récord en las sanciones pecuniarias, siendo las muy graves entre 2, 000, 001 y 5, 000, 000 euros, superando así a la cuantía máxima que prevén la mayoría de las legislaciones ambientales de 2, 000, 000 euros. Véanse LOZANO CUTANDA, Blanca/ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *Administración y legislación ambiental...*, ob. cit., p. 364; CALVO CHARRO, María, *Sanciones medioambientales...*, ob. cit., p. 145.

Código de 1973 y más tarde, con el de 1995⁹²¹. Sin embargo, la potestad sancionadora de la administración en materia de aguas fue incluida en la Ley de Aguas de 1985, la cual estableció las sanciones y la competencia para imponerlas, remitiéndose al Reglamento para fijar el procedimiento⁹²².

Actualmente, las sanciones administrativas en materia de aguas se encuentran reguladas en el TRLA, en los artículos 116 a 121bis, y por los artículos 314 a 340 del RDPH, con lo que la Administración se atribuye los instrumentos necesarios para castigar aquellas acciones que incumplan las obligaciones que se establecen en la Ley, protegiendo así los recursos hídricos⁹²³.

El TRLA, en su artículo 116.3, contempla las infracciones administrativas relativas a los recursos hídricos⁹²⁴, considerando las siguientes:

- a. Las acciones que causen daños a los bienes de dominio público hidráulico y a las obras hidráulicas.
- b. La derivación de agua de sus cauces y el alumbramiento de aguas subterráneas sin la correspondiente concesión o autorización cuando sea precisa.
- c. El incumplimiento de las condiciones impuestas en las concesiones y autorizaciones administrativas a que se refiere esta Ley, sin perjuicio de su caducidad, revocación o suspensión.

⁹²¹ MAGÁN PERALES, José M^a Aristóteles, “Régimen de infracciones y sanciones”, en *Diccionario de Derecho de aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p. 791.

⁹²² En la Ley de Aguas de 1985 se asume una variedad de postulados constitucionales en materia de potestad sancionadora administrativa que provienen del Tribunal Constitucional a través de Sentencias como las STC de 30 de enero de 1981; 15 de junio de 1981; 13/1982 de 1 de abril; 66/1984 de 6 de junio; 77/1983 de 3 de octubre, entre otras. Véanse MAGÁN PERALES, José M^a Aristóteles, “Régimen de infracciones y sanciones”..., ob. cit., p.p. 794-795; DELGADO PIQUERAS, Francisco, *Derecho de aguas y medio ambiente*..., ob. cit., p. 243.

⁹²³ AGUADO I CUDOLÀ, Vinceç, “El régimen administrativo sancionador en materia de aguas...”, ob. cit., p. 308.

⁹²⁴ El artículo 116.1 TRLA establece que “El incumplimiento de lo establecido en esta Ley será sancionado con arreglo a lo dispuesto en este Título y en el Título IX de la Ley 30/1992, 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

- d. La ejecución, sin la debida autorización administrativa, de otras obras, trabajos, siembras o plantaciones en los cauces públicos o en las zonas sujetas legalmente a algún tipo de limitación en su destino o uso.
- e. La invasión, la ocupación o la extracción de áridos de los cauces, sin la correspondiente autorización.
- f. Los vertidos que puedan deteriorar la calidad del agua o las condiciones de desagüe del cauce receptor, efectuados sin contar con la autorización correspondiente.
- g. El incumplimiento de las prohibiciones establecidas en la presente Ley o la omisión de los actos a que obliga.
- h. La apertura de pozos y la instalación en los mismos de instrumentos para la extracción de aguas subterráneas sin disponer previamente de concesión o autorización del Organismo de cuenca para la extracción de las aguas.
- i. La no presentación de declaración responsable o el incumplimiento de las previsiones contenidas en la declaración responsable para el ejercicio de una determinada actividad o de las condiciones impuestas por la Administración para el ejercicio de la misma.
- j. La inexactitud, falsedad u omisión en los datos, manifestaciones o documentos que se incorporen o acompañen a la declaración responsable.

Estas infracciones las califica el TRLA mediante su artículo 117.1 como conductas *leves*, *menos graves*, *graves* y *muy graves*⁹²⁵, atendiendo a “su repercusión en el orden y aprovechamiento del dominio público hidráulico, a su trascendencia por lo que respecta a la seguridad de las personas y bienes y a las circunstancias del responsable, su grado de malicia, participación y beneficio obtenido, así como al deterioro producido en la calidad del recurso”⁹²⁶. En este sentido, el RDPH especifica en el artículo 315 cuales son las conductas que constituyen las infracciones *leves*, en el artículo 316 las infracciones *menos graves*, y en el artículo 317 las infracciones *graves* o

⁹²⁵ Infracciones leves, multa de hasta 10.000,00 euros; infracciones menos graves, multa de 10.000,01 a 50.000,00 euros; infracciones graves, multa de 50.000,01 a 500.000,00 euros; infracciones muy graves, multa de 500.000,01 a 1.000.000,00 euros (art. 117.1 TRLA).

⁹²⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco, “El régimen sancionador en materia de dominio público hidráulico (análisis de la doctrina judicial)”, en *Nuevo Derecho de aguas*, Ed. Thomson-Cívitas, Navarra, 2007, p. 477; MAGÁN PERALES, José M^a Aristóteles, “Régimen de infracciones y sanciones”..., ob. cit., p. 797.

muy graves. Además, la complementariedad normativa se establece en el RDPH en su artículo 314, que señala que “de conformidad con lo dispuesto en los artículos 116 y 117 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, se consideran infracciones administrativas en materia de aguas las que se definen en los artículos siguientes”. Ahora bien, cabe analizar las sanciones previstas en el TRLA y su conexión con las del RDPH.

- a. “Las acciones que causen daños a los bienes de dominio público hidráulico y a las obras hidráulicas” (artículo 116.3.a).

Nos encontramos ante un supuesto en el que se impone una sanción como consecuencia de un daño efectivo por acciones u omisiones que supongan cualquier lesión patrimonial a los bienes del dominio público y a las obras hidráulicas. Se puede considerar una delimitación imprecisa, debido a que son muchos los supuestos en los que se cabe afirmar la existencia de comportamientos que provoquen un daño al dominio y a las obras hidráulicas⁹²⁷.

Esta infracción será considerada como *leve*, cuando la valoración de los daños no supere los 3.000.00 euros, de conformidad con el artículo 315.a del RDPH. La *menos grave* se contemplará cuando la valoración del daño se encuentre comprendida entre 3.000.01 y 15.000.00 euros, como lo establece el artículo 316.a del RDPH. Se considera como infracción *grave* y *muy grave*, cuando la valoración en lo daños se encuentre por encima de los 15.000.01 y los 150.000.00 euros, respectivamente, según el artículo 317 RDPH.

- b. “La derivación de agua de sus cauces y el alumbramiento de aguas subterráneas sin la correspondiente concesión o autorización cuando sea precisa” (artículo 116.3.b).

Esta infracción se complementa mediante el artículo 316.c del RDPH, que agrega a lo anterior “...así como la realización de trabajos o mantenimiento de cualquier medio que hagan presumir la continuación de la captación abusiva de las mismas,

⁹²⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco, “El régimen sancionador en materia de dominio público hidráulico...”, ob. cit., p. 477; MAGÁN PERALES, José M^a Aristóteles, “Régimen de infracciones y sanciones”..., ob. cit., p. 798.

siempre que, en estos últimos supuestos, exista requerimiento previo del organismo de cuenca en contrario”. Este supuesto se considera como una infracción *menos grave*, pero si la cuantía de daños sobrepasa los 15.000.01 euros será considerada como *grave*, y los 150.000.00 euros como *muy grave*. Además, para este supuesto es importante observar el artículo 59 TRLA, que se refiere a la concesión administrativa, y el artículo 74 TRLA, que establece la autorización para investigaciones en aguas subterráneas, ambos presupuestos exigidos.

- c. “El incumplimiento de las condiciones impuestas en las concesiones y autorizaciones administrativas a que se refiere esta Ley, sin perjuicio de su caducidad, revocación o suspensión” (artículo 116.3.c).

Las autorizaciones administrativas (permisos, licencias, concesiones, etc.) por lo general contienen una serie de condiciones para su otorgamiento, que por ello lógicamente se consideran como un instrumento limitativo o de control por parte de la administración⁹²⁸, y el incumplimiento de estas condiciones se considera como una conducta sancionable⁹²⁹. Cualquier incumplimiento de las características de la autorización o concesión constituye una infracción *leve* prevista por el artículo 315.b RDPH, siempre y cuando se trate de un supuesto que no de lugar a caducidad o revocación de la autorización; en caso contrario estaríamos ante una infracción *menos grave* establecida en el artículo 316.b RDPH⁹³⁰. Si como consecuencia de que se modifiquen los plazos, las condiciones, los niveles de aprovechamiento, etc. que se establezcan en la autorización o concesión, se producen daños superiores a las valoraciones del artículo 317 RDPH se considerarán *graves* y *muy graves*.

- d. “La ejecución, sin la debida autorización administrativa, de otras obras, trabajos, siembras o plantaciones en los cauces públicos o en las zonas sujetas legalmente a algún tipo de limitación en su destino o uso” (artículo 116.3.d).

⁹²⁸ LÓPEZ MENUDO, Francisco, “Autorizaciones”, en *Diccionario de Derecho de Aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p. 282.

⁹²⁹ MAGÁN PERALES, José M^a Aristóteles, “Régimen de infracciones y sanciones”..., ob. cit., p. 800.

⁹³⁰ FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco, “El régimen sancionador en materia de dominio público hidráulico...”, ob. cit., p. 481.

Los supuestos por los que se comete la infracción administrativa contemplados en este apartado son “obras y trabajos” y “siembras o plantaciones” que se lleven a cabo sin la autorización correspondiente en los cauces públicos (definidos en el artículo 4 TRLA) o en las zonas sujetas legalmente a algún tipo de limitación (definidas en el art. 6 TRLA)⁹³¹. Esta infracción será considerada como *leve* incluso cuando no se produzcan daños y cuando el valor de los daños no supere los 3.000.00 euros (315.c RDPH). Cuando esté por encima de dicha cantidad y hasta los 15.000.00 euros, se estimará como *menos grave* (316.d RDPH), siendo infracción *grave* y *muy grave* cuando la valoración supere los 15.000.01 y los 150.000.00 euros, respectivamente⁹³².

- e. “La invasión, la ocupación o la extracción de áridos de los cauces, sin la correspondiente autorización” (artículo 116.3.e).

Dos son las conductas que se prevén en este artículo: por una parte, está la “ocupación o invasión” y por otra, está la “extracción” de los áridos. Lo que podemos entender por el primer supuesto se refiere a introducir desechos como escombros u otros materiales en los ríos, mientras que el segundo supuesto se refiere a extraer materiales del cauce, como arena, grava, etc., lo que puede conllevar a una erosión acelerada. Este tipo de conductas no se encuentran prohibidas *a priori*, sino que lo que es sancionable es realizarlas en ausencia de la autorización correspondiente, ya que lo que se intenta es mantener un buen equilibrio ecológico de los cauces mediante el control de dichas actividades⁹³³. En este sentido, cuando además de no contar con la autorización correspondiente, no se produzcan daños para el dominio público hidráulico, o en el caso

⁹³¹ El artículo 4 TRLA entiende por cauce: “Álveo o cauce natural de una corriente continua o discontinua es el terreno cubierto por las aguas en las máximas crecidas ordinarias”. El artículo 6.1 TRLA establece que “Se entiende por riberas las fajas laterales de los cauces públicos situadas por encima del nivel de aguas bajas, y por márgenes los terrenos que lindan con los cauces. Las márgenes están sujetas, en toda su extensión longitudinal: a. A una zona de servidumbre de 5 metros de anchura, para uso público que se regulará reglamentariamente; b. A una zona de policía de 100 metros de anchura en la que se condicionará el uso del suelo y las actividades que se desarrollen”.

⁹³² FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco, “El régimen sancionador en materia de dominio público hidráulico...”, ob. cit., p. 481; MAGÁN PERALES, José M^a Aristóteles, “Régimen de infracciones y sanciones”..., ob. cit., p. 800.

⁹³³ MAGÁN PERALES, José M^a Aristóteles, “Régimen de infracciones y sanciones”..., ob. cit., p. 801.

de producirse, la infracción será considerada como *leve* si el daño no superara los 3.000.00 euros (artículo 315.d RDPH), será menos grave si la valoración se encuentra comprendida entre 3.000.01 y 15.000.00 euros (artículo 316.e RDPH), y será grave y muy grave cuando la valoración de los daños supere los 15.000.01 y los 150.000.00 euros, respectivamente (artículo 317 RDPH).

- f. “Los vertidos que puedan deteriorar la calidad del agua o las condiciones de desagüe del cauce receptor, efectuados sin contar con la autorización correspondiente” (artículo 116.3.f).

El supuesto previsto en este apartado alude a los vertidos, a los cuales ya nos hemos referido con anterioridad, y es que, como expresamos en su momento, la prohibición de vertido se levanta cuando existe la autorización previa establecida en los artículos 100 y 101 TRLA. Además, debemos recordar que entre los objetivos de las autorizaciones de vertido se encuentra el mantenimiento de la calidad ambiental mediante la imposición de límites de emisión y las mejores técnicas disponibles, como se establece en el TRLA⁹³⁴. Los vertidos sin autorización no son constitutivos de infracción leve, sino que directamente se consideran como *menos graves* si los daños producidos a los recursos hídricos no superan los 15.000.00 euros (316.g RDPH), y graves o muy graves cuando los daños superen la valoración de los 15.000.01 y los 150.000.00 euros, respectivamente (317 RDPH).

- g. “El incumplimiento de las prohibiciones establecidas en la presente Ley o la omisión de los actos a que obliga” (artículo 116.3.g).

Este apartado es con el que se debería de terminar la enumeración de conductas sancionables, dado que es una cláusula residual o un englobamiento de lo que se pudiese haber omitido en dicha enumeración, considerando la infracción por incumplimiento de cualquier otra prohibición que establece la Ley, además del

⁹³⁴ CASADO CASADO, Lucía, “El régimen jurídico de los vertidos...”, ob. cit., p. 183; PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”..., ob. cit., p. 616; MAGÁN PERALES, José M^a Aristóteles, “Régimen de infracciones y sanciones”..., ob. cit., p. 801; FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco, “El régimen sancionador en materia de dominio público hidráulico...”, ob. cit., p. 493.

incumplimiento mediante omisión de lo que se obliga mediante la norma⁹³⁵. Este supuesto se encuentra previsto como infracción administrativa *leve* (315.i RDPH). Pero, de igual forma, hay que tener en cuenta el párrafo segundo del artículo 317 RDPH, el cual señala que “podrán ser calificadas de *graves o muy graves*, según los casos, las infracciones consistentes en los actos y omisiones contemplados en el artículo 116, g) del Texto Refundido de la Ley de Aguas, en función de los perjuicios que de ellos se deriven para el buen orden y aprovechamiento del dominio público hidráulico, la trascendencia de los mismos para la seguridad de las personas y bienes y el beneficio obtenido por el infractor, atendiendo siempre las características hidrológicas específicas de la cuenca y el régimen de explotación del dominio público hidráulico en el tramo del río o término municipal donde se produzca la infracción”.

- h. “La apertura de pozos y la instalación en los mismos de instrumentos para la extracción de aguas subterráneas sin disponer previamente de concesión o autorización del Organismo de cuenca para la extracción de las aguas” (artículo 116.3.h).

Este apartado encuentra una conexión con el apartado b del mismo artículo, la cual se establece en el párrafo segundo del artículo 116.3, que fue introducido mediante la disposición adicional vigésima de la Ley 53/2002 de 30 de diciembre, señalando que “incurrirán en responsabilidad por la infracción de los apartados b y h, las personas físicas o jurídicas siguientes: El titular del terreno, el promotor de la captación, el empresario que ejecuta la obra y el técnico director de la misma”. Con ello, lo que se pretende es contrarrestar la clandestinidad de la apertura de pozos y por lo tanto, la existencia de un “mercado negro”, sin dejar fuera de la responsabilidad al dueño del terreno, así como a los miembros de las empresas que puedan impulsar dicha práctica⁹³⁶.

⁹³⁵ MAGÁN PERALES, José M^a Aristóteles, “Régimen de infracciones y sanciones”..., ob. cit., p. 801; FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco, “El régimen sancionador en materia de dominio público hidráulico...”, ob. cit., p. 485.

⁹³⁶ MAGÁN PERALES, José M^a Aristóteles, “Régimen de infracciones y sanciones”..., ob. cit., p. 802.

- i. “La no presentación de declaración responsable o el incumplimiento de las previsiones contenidas en la declaración responsable para el ejercicio de una determinada actividad o de las condiciones impuestas por la Administración para el ejercicio de la misma” (artículo 116.3.i).

Este apartado es relativamente reciente en la legislación hídrica, pues se incorporó al Ordenamiento mediante la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, la cual también añadió a la LRJAP el artículo 71 bis, sobre la declaración responsable y comunicación previa, que viene de la mano de este apartado, ya que establece como condición la presentación de la declaración responsable y el cumplimiento de sus previsiones, ya que de lo contrario se estaría contraviniendo lo previsto por la Ley. En este sentido, la declaración responsable, según el artículo 71.1bis, es “el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio”. De igual manera, el apartado 4 del artículo 71bis señala que cuando no se presente ante la Administración competente de la declaración responsable se “determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar”.

- j. “La inexactitud, falsedad u omisión en los datos, manifestaciones o documentos que se incorporen o acompañen a la declaración responsable” (artículo 116.3.j).

Este apartado también fue añadido al Ordenamiento mediante la Ley 25/2009 de 22 de diciembre. La declaración responsable, establecida en el artículo 71 bis de la LRJAP, vuelve a ser un condicionante de esta infracción, delimitando tres supuestos, la “inexactitud, la falsedad o la omisión”, que recaen en la obligación del interesado de expresar los datos, las manifestaciones o documentos necesarios que acompañen a la declaración responsable, la cual debe entenderse que se realizará con los requerimientos necesarios correctamente, es decir, bajo los requisitos que establece la Ley, tal y como se señala en el artículo 71.1bis LRJAP. Además, el apartado 4 del 71bis señala que bajo

los supuestos que establece el artículo 116.3.j TRLA, se “determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar”. También debemos añadir que se considera como infracción *leve* si existe inexactitud u omisión, como infracción *menos grave* si existe falsedad (315.k y 316.h RDPH, respectivamente), y ambos casos mediante infracción *grave* y *muy grave* (317 RDPH)

6.3. La tutela penal del agua

Como hemos señalado con anterioridad, los recursos hídricos encontraban un lugar en el Código penal de 1928, expandiendo su protección en el Código de 1973 y, por supuesto, en el de 1995. En el caso del Código penal de 1973, se introdujo el artículo 347bis mediante la reforma urgente y parcial de 1983⁹³⁷, que señalaba lo siguiente: “Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 50.000 a 1.000.000 de pesetas el que, contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques espacios naturales o plantaciones útiles...”. Con ello, se materializaba una protección más amplia de los recursos hídricos mediante el Código penal, castigando la «provocación o realización, directa o indirectamente» de «vertidos, radiaciones, etc.» hacia «las aguas terrestres». No obstante, el Código actual ha extendido aún más la protección de los recursos hídricos, puesto que incorpora más conductas atentatorias contra el medioambiente y específicamente contra el agua⁹³⁸.

⁹³⁷ Por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio. Véanse VERCHER NOGUERA, Antonio, “La eficacia de la normativa penal ambiental en España”, en *Derecho de aguas*, Ed. Instituto Euromediterráneo del agua”, Murcia, 2006, p. 976; BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua a través del Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 287.

⁹³⁸ El Código de 1973 solamente incluyó dos conductas que atentaban contra el medioambiente: emisiones y vertidos, lo cual se percibía como una norma ineficaz e insuficiente para abordar una materia que exige mayor protección de la que tenía. VERCHER NOGUERA, Antonio, “La eficacia de la normativa penal ambiental en España”..., ob. cit., p.p. 976-977.

En el Código penal de 1995 podemos encontrar, a lo largo de su articulado, diversas tipificaciones de conductas que protegen varios bienes jurídicos, pero que llegan a relacionarse con la tutela de los recursos hídricos. De esta manera, podemos estructurar la protección penal de las aguas del siguiente modo⁹³⁹:

1. Tutela económica

- Delitos de usurpación (Capítulo V, Título XIII, Delos delitos contra el patrimonio). Distracción (artículo 247 CP).
- Delitos de defraudación (Capítulo VI, Título XIII, De los delitos contra el patrimonio). Defraudación (artículos 255 y 623 CP).
- Delitos relativos al mercado y a los consumidores (Sección tercera Capítulo XI, Título XIII). Desabastecimiento de productos de primera necesidad (artículo 281 CP).

2. Tutela de la salud

- Delitos contra la salud pública (Capítulo III, Título XVII, De los delitos contra la Seguridad Colectiva). Adulteración (artículo 365 CP).

3. Tutela del medioambiente

- Delitos contra los recursos naturales y el medioambiente (Capítulo III, Título XVI). Contaminación (artículos 325 y 327 CP); extracción ilegal (artículos 326 y 327 CP).

4. Tutela del orden público

- Desórdenes públicos (Capítulo III, Título XXII, Delitos contra el orden público). Daño a las conducciones (artículo 560 CP); interrupción o alteración grave del suministro (artículo 560.3 CP).

⁹³⁹ PERIS RIERA, Jaime Miguel, “Tutela penal del agua”, en *La tutela penal del agua*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, p.23; PERIS RIERA, Jaime Miguel, “Tutela penal del agua”, en *Derecho de aguas*, Ed. Instituto Euromediterráneo del agua”, Murcia, 2006, p. 962; PERIS RIERA, Jaime Miguel, “La protección penal del agua en España, Alemania e Italia”, en *Revista La Ley*, Nº 7366, 2010, p.p. 7-8; PÉREZ MARÍN, Antonio/SÁNCHEZ NÚÑEZ, Pedro, *Derecho de las aguas continentales...*, ob. cit., p.p. 273-274; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, *La protección jurídico-penal del agua*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, p. 88.

Sin embargo, lo que interesa para nuestro estudio es la protección del bien jurídico “medioambiente”, que se encuentra en los artículos 325, 326 y 327 del Código penal español, y más concretamente, los elementos determinantes de la ilicitud penal, así como su relación con los ilícitos administrativos considerados como graves y muy graves.

El artículo 325 del Código penal español establece: “Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior”.

De lo anterior, podemos resaltar la protección penal del agua plasmada en el artículo 325 CP, previendo la defensa de las aguas terrestres y subterráneas del daño provocado o realizado directa o indirectamente por vertidos y también otras formas de acción, aunque menos comunes en el ámbito de las aguas, como las radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, inyecciones o depósitos, así como captaciones de aguas. Sin embargo, el tipo no se realiza por el sólo hecho de efectuar vertidos, radiaciones, etc., sino que este se da cuando se actúa de manera contraria a lo que las Leyes y las disposiciones administrativas establecen. Se castiga lo anterior con penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años.

6.3.1. Bien jurídico: medioambiente (remisión a otro lugar)

En páginas anteriores hemos valorado si el medioambiente debe o no considerarse como un bien jurídico y en qué condiciones, por lo cual en este punto ya no entraremos al debate sobre si el medioambiente es un bien jurídico independiente o depende de otros bienes jurídicos, como la salud o la vida, sino que nos limitaremos a hacer tan sólo un pequeño apunte de lo concluido anteriormente. Y es que debemos recordar que consideramos al bien jurídico como aquello que contenga un valor esencial para el ser humano y para la sociedad en donde habita, que viéndose mermado implicaría un ataque tanto para el individuo como para su comunidad, por lo cual debe protegerse mediante la tutela del Derecho, para que éste asegure su cuidado. Es por ello que el Derecho penal debe proteger el medioambiente, ya que ese “valor esencial para el ser humano y para la sociedad” es un bien jurídico digno, susceptible y necesitado de protección penal. El medioambiente es un bien jurídico colectivo, estableciendo una defensa mediata de la vida y la salud, es decir, que mediante la protección medioambiental se llegan a proteger otros bienes jurídicos, por lo cual nos encontramos ante una visión antropocéntrica moderada de su protección, tomando en consideración tanto al ser humano como a la naturaleza⁹⁴⁰.

6.3.2. El agua como objeto material

Como hemos podido observar, el medioambiente abarca varios recursos naturales, entre ellos el agua. En este contexto, la comisión del delito ecológico mediante el daño a los recursos hídricos plantea una doble cuestión: la de su consideración como un bien jurídico o como el objeto material del daño causado⁹⁴¹.

⁹⁴⁰ Véase, fundamentalmente, el apartado 4.5. de este trabajo.

⁹⁴¹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “El agua como objeto de protección penal..., ob. cit., p. 1083. Para ROXIN el bien jurídico “debe distinguirse del concreto objeto de acción. Así p.ej., en la falsedad documental el bien jurídico protegido es la pureza del tráfico probatorio, pero de la acción es el documento falsificado en el caso concreto. El objeto de acción en el hurto es la cosa ajena sustraída, y el jurídico protegido, la propiedad y la posesión. A veces parecen coincidir objeto de la acción y bien jurídico, como en los delitos de homicidio, en que la vida humana es tanto el objeto de la agresión como el bien jurídico protegido. Pero esto sólo es así aparentemente; pues el objeto de acción es la persona concreta cuya vida individual es agredida, mientras que el bien jurídico protegido es la vida humana como tal. Bien jurídico, por tanto, el

La primera es defendida principalmente por BLANCO LOZANO, quien mantiene que debe considerarse la configuración autónoma del agua como un bien jurídico protegido, con base a los siguientes argumentos: a) seguridad jurídica, por la abstracción y amplitud del concepto de medioambiente, lo que lleva a descomponerlo – en la medida de lo posible –, “para que puedan ser objeto de consideración penal otros bienes más concretos, de más fácil y pacífica aprehensión, cuya consideración jurídica no se vea enturbiada por toda una diversidad y contraposición de planteamientos filosóficos, sociológicos, políticos, económicos, etc.”; b) interpretación de los tipos, ya que en su rubrica no se habla de poner en peligro al medioambiente, sino al equilibrio de los sistemas naturales, que dada su vaguedad se deben considerar a bienes más concretos, como la salud de las personas, por lo que ahí se otorga “protección a tales concretos bienes y de ahí que los mismos puedan y deban ser considerados bienes jurídicos con sustantividad propia en el ámbito jurídico-penal”; c) razones técnicas y prácticas, principalmente de carácter concursal, “conducen también a la fragmentación del bien jurídico medio ambiente”; d) relevancia social: la autonomía del agua como bien jurídico atiende también a razones de la gran importancia “que ostenta el recurso, en relación a lo particular y acentuado de su actual problemática en el seno de la estructura social”⁹⁴².

Sobre la consideración del agua como objeto material, DE LA CUESTA ARZAMENDI entiende que los recursos hídricos no deben ser contemplados como un bien jurídico autónomo o independiente, sino como objeto material, “objeto de ataque de algunos comportamientos delictivos atentatorios de bienes jurídicos diversos como el ambiente, la salud pública, el patrimonio...”⁹⁴³. Criterio similar mantiene MANZANARES SAMANIEGO, quien estima que las aguas son los objetos materiales del delito, ya que “a través de los vertidos sobre las aguas... la acción se dirige contra «la salud de las personas» o «las condiciones de la vida animal, bosques, espacios

bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción” (ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p.p. 62-63).

⁹⁴² BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua...*, ob. cit., p.p. 380-383.

⁹⁴³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “La tutela penal de las aguas continentales”, en *La calidad de las aguas*, Ed. Cívitas, Madrid, 1994, p. 172.

naturales o plantaciones útiles»⁹⁴⁴. En Italia, cabe resaltar la opinión de AMENDOLA, quien sostiene que la norma considera como objeto principal de protección al ambiente y no al agua, que sólo se protege mediatamente debido a que se trata de un componente ambiental, el cual efectivamente debe salvaguardarse para proteger el entorno, puesto que el agua puede ser considerado como un posible vehículo de contaminación ambiental⁹⁴⁵. En sentido similar se manifiesta RAMACCI⁹⁴⁶.

Por su parte, MORILLAS CUEVA considera que “ambas posturas tienen parte de razón”, debido a que sería difícil justificar “la autonomía del bien jurídico agua”, que se encuentra protegida bajo tutela medioambiental por el Texto punitivo español. Pero ello dependerá de la forma en que el legislador considere su tutela “dada la intensidad e importancia de la protección del agua, ésta requiera, incluso en los Códigos penales, de regulación específica”⁹⁴⁷. RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ se posiciona en la misma línea⁹⁴⁸.

Sin duda, el agua es un elemento de suma importancia, si no el más importante recurso natural, pero la fragmentación del medioambiente en una diversidad de bienes

⁹⁴⁴ “La propia indefinición del medio ambiente hace muy difícil distinguir en estas figuras delictivas entre el bien jurídico protegido y el objeto material”. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “Los delitos contra el medio ambiente en el Código penal español”, en *Actualidad penal*, 1994-1, p. 6; véase, también, MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La protección penal de las aguas, como elemento ecológico, en Alemania”, en *Actualidad penal*, 1994-1, p. 296.

⁹⁴⁵ “La lettura della legge dimostra infatti con chiarezza che l'oggetto da tutelare è, nella prospettiva del legislatore, molto più ampio e che le acque sono considerate in realtà non solo finale possibile oggetto di inquinamento, ma anche esse stesse come mezzo di inquinamento di un bene di più ampia portata --l'ambiente, appunto, come diremo-- del quale le acque sono una componente... L'oggetto precipuo di tutela è invece l'ambiente che la legge vuole proteggere sia considerando le acque in sé come una componente dell'ambiente che deve essere pertanto salvaguardata, sia considerando le acque come possibile veicolo di inquinamento dell'ambiente”. AMENDOLA, Gianfranco, *La tutela penale dall'inquinamento idrico*, Ed. Giuffrè, Milano, 1989, p.p. 17-19.

⁹⁴⁶ RAMACCI, Luca, *Manuale di diritto penale dell'ambiente*, Ed. CEDAM, Verona, 2001, p.p. 5-6.

⁹⁴⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Las diversas variables de la protección penal del agua en el ámbito punitivo”, en *La tutela penal del agua*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 45; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Protección penal del agua”, en *Cuadernos de política criminal*, N° 82, 2004, p. 58; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “El agua como objeto de protección penal...”, ob. cit., p.p. 1084-1085.

⁹⁴⁸ RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, *La protección jurídico-penal...*, ob. cit., p. 149.

jurídicos es poco conveniente, puesto que ello convertiría a la protección ambiental en algo confuso e incluso inabarcable, problema que ya enfrenta la regulación administrativa. Además, debemos entender la definición de los sistemas naturales o medioambiente como un conjunto que engloba todos sus componentes, por lo que no existe la necesidad de otorgar autonomía a cada uno de sus elementos. En cualquier caso, en la legislación actual, el agua debe ser observada como la cosa sobre la cual recae físicamente la acción. Por ello, entendemos que el medioambiente debe ser considerado como el objeto jurídico (bien jurídico), y el elemento natural, en este caso el agua, como el objeto material u objeto sobre el que recae la acción⁹⁴⁹.

6.3.3. Sujeto activo. Particular referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas

El artículo 325 CP es considerado como un delito común, sin que se exijan elementos especiales o condiciones de autoría, es decir, que puede ser cometido por cualquiera. No obstante, en este tipo es habitual que su comisión se realice por personas jurídicas⁹⁵⁰. Antes de la reforma al Código penal español mediante la Ley Orgánica

⁹⁴⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Reppertor, 9ª ed., Barcelona, 2011, p. 231.

⁹⁵⁰ “El legislador recurre a la usual expresión «el que», de modo que el tipo puede ser realizado por cualquiera. Obviamente, también –y muy especialmente– por sujetos que operan en el ámbito de las estructuras de empresa” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente...*, ob. cit., p. 37); SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “¿Quién debe responder de los ilícitos medioambientales? Sujetos y criterios de imputación de responsabilidad por ilícitos medioambientales”, en *Incidencia medioambiental y Derecho sancionador*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 145; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p. 58; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “Los delitos contra el medio ambiente...”, ob. cit., p. 6; BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua...*, ob. cit., p. 413; BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de derecho penal español. El sistema de la parte especial*, T. II, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 250; MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 256; MENDO ESTRELLA, Álvaro, “La responsabilidad de superiores en el delito ecológico del artículo 325.1 del Código penal”, en *La Ley Penal*, Nº 42, 2007, p. 40; SÁNCHEZ MELGAR, Julián, “La jurisprudencia penal en materia medioambiental”, en *Incidencia medioambiental y Derecho sancionador*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 75; ACALE SÁNCHEZ, María, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, T. IV, Ed. Iustel, Madrid, 2012, p. 307; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2010, p. 927; DE LA CUESTA AGUADO, María Paz, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en

5/2010 de 22 de junio, en la que se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31bis), no era posible su imputación a efectos de responsabilidad penal, por lo que se utilizaba el sistema de incriminación individual, exigiendo encontrar a la persona física responsable en concreto. Aun así, era común que el artículo 31 CP (antiguo 15 bis)⁹⁵¹ se invocara a estos efectos⁹⁵², algo que para algunos autores es erróneo, debido a que no se trata de un delito especial⁹⁵³. Y es que el artículo 31 CP es un mecanismo para solucionar los problemas de imputación típica y llenar vacíos de punición en los delitos especiales propios, con el objetivo de poder hacer punible la actividad de una persona física, que no reúne las cualidades exigidas en la correspondiente figura delictiva⁹⁵⁴.

En este sentido, la **STC 253/1993**, de 20 julio, consideró que la incorporación al Código Penal del artículo 15 bis (posteriormente 31 CP), “no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería

Comentarios al Código penal, Dir. Luis Arroyo Zapatero y Otros, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p. 732; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, *La protección jurídico-penal...*, ob. cit., p. 136.

⁹⁵¹ Artículo 31 CP: “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”. Véase BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, p.p. 227-228.

⁹⁵² En este sentido la STS de 30 noviembre 1990, RJ 1990/9269, que condena al director de una central térmica como autor de un delito de medioambiente. También la STS 1638/1994 de 26 de septiembre, RJ 1994/7194.

⁹⁵³ Así, MARQUÈS I BANQUÉ, María, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Comentarios al Código penal*, T. II, 6ª ed., Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011, p. 737; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p. 59; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente...*, ob. cit., p. 37; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “El delito ecológico. Delitos en materia de aguas”, en *El agua: estudios interdisciplinarios*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, p. 303.

⁹⁵⁴ En este sentido la STS 45/2007 de 29 de enero, RJ 2007/1709, y la STS 2031/2002 de 4 diciembre, RJ 2003/545. Véase, BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *La responsabilidad penal...*, ob. cit., p. 228.

contrario al derecho a la presunción de inocencia y al propio tenor del precepto. Lo que el mismo persigue, por el contrario, es obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes. La introducción del art. 15 bis CP tuvo el sentido de conceder cobertura legal a la extensión de la responsabilidad penal en tales casos, y sólo en ellos, a los órganos directivos y representantes legales o voluntarios de la persona jurídica, pese a no concurrir en ellos, y sí en la entidad en cuyo nombre obraren, las especiales características de autor requeridas por la concreta figura delictiva. Mas, una vez superado así el escollo inicialmente existente para poderles considerar autores de la conducta típica, del citado precepto no cabe inferir que no hayan de quedar probadas, en cada caso concreto, tanto la real participación en los hechos de referencia como la culpabilidad en relación con los mismos”.

En definitiva, cualquier persona física puede realizar la conducta establecida en el artículo 325 CP. También, actualmente, en virtud de la Reforma penal introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se contempla en este ámbito la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, como consecuencia de ello, se zanja la discusión sobre la posibilidad de que una persona jurídica pueda ser sujeto activo de un delito, la cual era usualmente desechada por el tradicional y conocido principio “*societas delinquere non potest*”⁹⁵⁵, el cual podía entenderse incorporado en el Código penal español hasta la Reforma mencionada⁹⁵⁶.

⁹⁵⁵ Incluso el Tribunal Supremo en diferentes Sentencias señalaba el aforismo *societas delinquere non potest*. En este sentido podemos referirnos, por ejemplo, a las SSTs de 3 de junio 1992, RJ 1992/5432; 2052/2001, 7 de noviembre, RJ 2001/9684; 1612/2002, 1 de abril, RJ 2003/2871; 774/2005, 2 junio, RJ 2006/1016; 23 de julio 2009, RJ 2009/7008.

⁹⁵⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Estudios sobre las reformas del Código penal. Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Ed. Cívitas/Thomson-Reuters, Navarra, 2011, p. 67; BANACLOCHE PALAO, Julio, “Introducción”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, p. 131; GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 15.

Antes de esta modificación se defendía la idea de que la empresa no podía poseer voluntad, al menos no como la conocemos en el Derecho penal tradicional, por lo que las personas jurídicas no podían cometer, de manera autónoma, hechos delictivos. Como considera MUÑOZ CONDE, “desde el punto de vista penal, la capacidad de acción de culpabilidad y de pena exigen la presencia de voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona física, que no existe en la persona jurídica, mero ente ficticio al que el Derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales”⁹⁵⁷. Esta perspectiva ha ido evolucionando con el paso del tiempo, y es que se ha ido posicionando la idea de que las empresas pueden hacer daño, lesionar bienes jurídicos, e incluso el resguardo de una persona física detrás de una empresa para cometer hechos delictivos, percibiéndose así una innegable impunidad en el Derecho penal⁹⁵⁸. No obstante, el Derecho civil o administrativo han sido las ramas que han adoptado medidas para sancionar a las personas jurídicas.

Antes de dicha reforma, existía el artículo 31 CP, que contenía la figura de “actuar en nombre de otro”, aunque no fuese una figura de responsabilidad penal de la persona jurídica. También se tenían establecidas medidas de castigo en el artículo 129 CP, aunque tampoco se podían considerar penas principales, pues se trata consecuencias accesorias⁹⁵⁹. Con la LO 15/2003 de 25 de noviembre, se introdujo un segundo apartado

⁹⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, 4ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 32.

⁹⁵⁸ Ello encuentra vinculación con el “delito de cuello blanco” o “white collar crime”, es decir, un “delito cometido por una persona de respetabilidad y de “status” social alto en el curso de su ocupación”. Véase SUTHERLAND, Edwin H., *El delito de cuello blanco*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2009, p. XXIV -un listado de grandes corporaciones estadounidenses que sus integrantes han cometido delitos en las p.p. 17 y ss-. También, véanse PAYNE, Brian K., *White-collar crime*, Ed. SAGE, EE.UU., 2012, p.p. 34 y ss; MINKES, John/MINKES, Leonard, *Corporate and white-collar crime*, Ed. SAGE, EE.UU., 2008.

⁹⁵⁹ Para MUÑOZ CONDE, las consecuencias accesorias tienen una naturaleza discutida, “pero no cabe duda de que se trata de una sanción de carácter penal vinculada a la comisión de un delito”. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general...*, ob. cit., p.p. 32-33

del artículo 31 CP⁹⁶⁰, con el cual se planteaba si, realmente, ya se podía hablar de responsabilidad penal de las personas jurídicas⁹⁶¹.

Posteriormente se suprime el párrafo segundo del artículo 31 CP mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la cual reforma el CP por influencia de la normativa europea⁹⁶², estableciendo mediante el artículo 31bis CP, una autentica responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la línea de otros países del entorno físico o cultural⁹⁶³.

⁹⁶⁰ Artículo 31 CP: 2. *En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.*

⁹⁶¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2010, p.p. 404 y 407. MUÑOZ CONDE considera “bastante dudoso” hablar de una responsabilidad penal de la persona jurídica mediante este apartado (MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general...*, ob. cit., p. 33).

⁹⁶² El Derecho comunitario, sin duda, ha tenido influencia para establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil; Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas; Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito; Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información; Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI, sobre la lucha contra el terrorismo; Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos; Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2008, relativa a la protección del medioambiente mediante el Derecho penal; Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado). Véanse ROMA VALDÉS, Antonio, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Manual sobre su tratamiento penal y procesal*, Ed. Rasche, Madrid, 2012, p.p. 20-21; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 627; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. Consideraciones de urgencia sobre la reforma al CP de 2010”, en *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 1169.

⁹⁶³ La responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra admitida en otros Ordenamientos de países europeos como: Austria, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Holanda, Irlanda, Islandia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza. Además, se admite en el Corpus Iuris para la protección de intereses financieros de la Unión Europea, en el Código Penal Tipo para Latinoamérica (a partir de la reunión de Panamá en 1998), y de alguna u otra forma se encuentra establecida en países

Con ello, se hace ya una realidad actual que las personas jurídicas pueden responder por sí mismas de hechos delictivos, es decir, se ha consagrado una responsabilidad penal autónoma de la propia empresa, y ya no de las personas físicas que actuasen en su nombre, como ocurría con el modelo anterior.

Así pues, el actual artículo 31bis CP viene a establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica⁹⁶⁴ de la siguiente forma:

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

latinoamericanos como: Argentina, Chile, Cuba, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela. Véase ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)”, en *Revista La Ley penal*, N° 76, Año VII, 2010, p. 6.

⁹⁶⁴ Dicha responsabilidad afecta solamente a las “entidades dotadas de personalidad jurídica reconocida por las vías dispuestas legalmente (art. 35Cc, que se completa con las regulaciones específicas de cada tipo de sociedad: asociaciones, fundaciones, sociedades mercantiles, etc.). Las organizaciones, grupos o entidades que carezcan de dicha responsabilidad son objeto del art. 129 Cp, conforme al cual pueden recibir la imposición de consecuencias accesorias a la pena de la persona física que resulte responsable del delito”. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 628.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”.

Podemos observar que se trata de un artículo de amplio contenido, ya que no sólo se limita a establecer los casos en los que se aprecia la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino que también se encarga de delimitar los tipos de personas jurídicas que pueden ser consideradas como sujeto activo del delito, excluyendo a determinados entes del Derecho público, o supuestos de modificación de la

responsabilidad en el sentido de atenuación de la pena. Las características clave del artículo y de la reforma se pueden resumir de la siguiente manera:

En primer lugar, se atribuye una responsabilidad de la persona jurídica autónoma de la responsabilidad penal de las personas físicas, es decir, ya no se necesita la condena de una persona física o su enjuiciamiento. Se utilizan criterios de imputación propios de la persona jurídica, su propio control interno u organización⁹⁶⁵.

En segundo lugar, se ha establecido un sistema de *numerus clausus*, es decir, un catálogo cerrado de delitos en los que la persona jurídica puede actuar como sujeto activo, incluyéndose en tipos delictivos como: tráfico ilegal de órganos (artículo 156bis); trata de seres humanos (artículo 177bis. 7); delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (artículo 189bis); acceso ilícito a datos y programas informáticos (artículo 197.3); estafa (artículo 251bis); insolvencias punibles (artículo 261bis); daños informáticos (artículo 264.4); delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (artículo 288.2); blanqueo de capitales (artículo 302.2); delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social (artículo 310bis); delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318bis); delitos contra la ordenación del territorio (artículo 319.4); delitos contra los recursos naturales y el medioambiente (artículos 327 y 328.6); exposición a radiaciones ionizantes (artículo 343.3); delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes (artículo 348.3); delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (artículo 369bis 3); falsificación de tarjetas de crédito y cheques de viaje (artículo 399bis); cohecho (artículo 427.2); tráfico de influencias (artículo 430.3); corrupción de funcionario público extranjero (artículo 445.2) y financiación del terrorismo (artículo 576bis 3)⁹⁶⁶.

⁹⁶⁵ “Puede resultar una tentación iniciar un procedimiento penal contra una persona jurídica en el momento en el que se produzca un resultado lesivo en su ámbito organizativo y que, a la vista de las dificultades probatorias acerca de qué persona física en concreto haya llevado a cabo la conducta descrita –sc. no haya podido ser “individualizada”– se condene sin más a la persona jurídica. Por ello debería exigirse, en cualquier caso, para la imposición de la pena a la persona jurídica, la realización de un injusto típico por parte de ésta” (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la responsabilidad...*, ob. cit., p.p. 490-491).

⁹⁶⁶ Cfr. ROMA VALDÉS, Antonio, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, ob. cit., p.p. 37-39; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 629; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La responsabilidad penal de las

En tercer lugar, la sanción pecuniaria es la que ostenta un predominio sobre las otras sanciones que se pueden aplicar, las cuales derivan de penas consideradas como graves y se encuentran recogidas en el nuevo artículo 33.7 CP, como la clausura de locales, multa, disolución, suspensión de actividades en el futuro, imposibilidad de recibir subvenciones e intervención judicial⁹⁶⁷. En los artículos 50.3 y 50.4 CP se fija la cuantía en una cuota diaria de entre 30 y 5.000 euros. En este sentido, las reglas de cuantificación para penas no pecuniarias vienen establecidas por el artículo 66bis CP, las cuales deben atender a los criterios que observe el Juez, como la necesidad de prevenir que continúe la actividad delictiva, las consecuencias económicas y sociales, o el puesto que la persona física ostenta en la estructura de la empresa.

En cuarto lugar, el modelo de imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica por el que ha optado el sistema penal español puede calificarse como un modelo mixto⁹⁶⁸, ya que si bien, por un lado, está el modelo de transferencia de la responsabilidad, en el que se transmite la culpabilidad de la persona física actuante a la persona jurídica, por otro lado, está el modelo de culpabilidad de la empresa, que busca la responsabilidad en factores propios de la misma. No obstante, conviene señalar que la doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre la definición del sistema adoptado en España, y es que podemos encontrar diferentes posturas sobre la fórmula que se ha seguido en el CP para la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, ZUGALDÍA ESPINAR considera que se trata de un modelo de «doble vía», ya que “el precepto diferencia según se trate de un hecho realizado por directivos de la persona jurídica o de un hecho realizado por alguno de sus empleados”⁹⁶⁹. De igual forma, CARDONA TORRES

personas jurídicas”..., ob. cit., p.p. 78-79; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, “La responsabilidad penal de los entes colectivos: *societas delinquere non potest!*”, en *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p.p. 38-39.

⁹⁶⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal...*, ob. cit., p. 500.

⁹⁶⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal...*, ob. cit., p. 483.

⁹⁶⁹ “El precepto establece una responsabilidad criminal directa por la propia acción y la propia culpabilidad de la persona jurídica. Ello se deduce, en primer lugar, del hecho de que la atribución de responsabilidad criminal a la persona jurídica se realiza con total y absoluta independencia de que se identifique o no («levantamiento de velo») a la persona física que ha actuado en su seno (no se trata, pues de un sistema basado en el «modelo vicarial», en el que la

manifiesta que se trata “de una doble vía de imputación, pues, además de la posible imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade igualmente la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados”⁹⁷⁰.

MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN sostienen que en el modelo español “la responsabilidad penal de la persona jurídica no se basa exclusivamente en su actuación social como tal (denominada responsabilidad propia o, en ocasiones, directa) sino que es responsable por los delitos cometidos por personas físicas que actúan en su ámbito y para beneficiarla”⁹⁷¹. En la misma línea, ZUÑIGA RODRÍGUEZ considera que nos encontramos ante un sistema de “responsabilidad derivada (o indirecta) de la responsabilidad de las personas que actúan en su nombre, o por cuenta de las mismas y en su provecho, por sus administradores de hecho y de derecho”, por lo que nos hallamos ante la “*responsabilidad del representante* (actúan en su nombre)”, así como cuando no se ha realizado el debido control a las personas físicas subordinadas a las personas jurídicas, lo que la autora denomina “responsabilidad *in vigilando*”, es decir, una consecuencia de no “ejercer las autoridades un debido control sobre las actuaciones de los subordinados”⁹⁷². También GÓMEZ-JARA DÍEZ mantiene que se trata de un modelo mixto, el cual “parte de la heterorresponsabilidad penal empresarial (responsabilidad por el hecho ajeno)”, es decir, de personas físicas, y “se encamina hacia la autorresponsabilidad penal empresarial (responsabilidad por el hecho propio)”. Por lo tanto, se puede considerar como un modelo similar al anglosajón del *alter-ego*

responsabilidad criminal de la persona jurídica depende de la previa responsabilidad criminal de la persona física que delinque en su seno); y se deduce también, sobre todo, en segundo término, de una interpretación constitucionalmente conforme del precepto, ya que no es posible imponer una pena a una persona jurídica sin fundamentarla en un reproche frente a la misma” ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Societas delinquere potest...”, ob. cit., p.p. 7 y 13.

⁹⁷⁰ CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal. Parte especial*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010, p. 394.

⁹⁷¹ MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 630.

⁹⁷² La autora critica dicho modelo, ya que afirma que “a la larga plantea serios inconvenientes”, ya que “la responsabilidad derivada plantea la dificultad precisamente intenta superar la responsabilidad de la persona jurídica: sancionar los hechos cuando no se ha podido individualizar responsabilidades”. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, ob. cit., p.p. 1171-1172.

doctrine, el cual estima que algunas personas físicas son el *alter-ego* de la persona jurídica, por lo que se podría decir que sus comportamientos son los de aquella⁹⁷³. RODRÍGUEZ MOURULLO entiende que el sistema español “acoge el llamado modelo de atribución, vicarial o de transferencia”, estimando que dicho sistema “quebranta, por definición el principio de personalidad, porque la persona jurídica responde por un hecho ajeno, por el hecho que realiza la persona física”⁹⁷⁴.

Por otra parte, MORALES PRATS considera que nos encontramos ante un modelo de responsabilidad penal directa y “de ahí que el artículo 31 bis núm. 1 afirme, sin matices, «las personas jurídicas serán penalmente responsables»”⁹⁷⁵. Para FEIJOO SÁNCHEZ es un sistema de “responsabilidad directa que se acumula a la de las personas físicas (no son excluyentes una de la otra), si bien son independientes (no tienen que darse las dos a la vez, pudiendo existir responsabilidad penal de persona jurídica sin responsabilidad penal de persona física)”⁹⁷⁶. En este sentido, DOPICO GÓMEZ-ALLER sostiene que “el delito debe ser imputado a la propia persona jurídica”, por lo que este autor mantiene que “se trata de un modelo de responsabilidad por la propia conducta, y no un modelo de responsabilidad objetiva por el hecho ajeno (responsabilidad de la persona jurídica por el delito de la persona física), lo cual sería inconstitucional. Por ello, para hablar de delito se debe exigir que la persona jurídica haya incurrido en un defecto de organización (por no haber adoptado las medidas preventivas exigibles para evitar dicho delito)”⁹⁷⁷.

⁹⁷³ Para GÓMEZ-JARA DÍEZ resulta “indudable que las conductas de las personas físicas adquieren un relevancia notable inicial. Podría decirse que éstas son el desencadenante de la responsabilidad de las personas jurídicas” (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la responsabilidad...*, ob. cit., p.p. 483-485).

⁹⁷⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática”, en *Revista Otrosí*, Nº 6, 2011, p.p. 9 y 13.

⁹⁷⁵ MORALES PRATS, Fermín, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis., 31.2 supresión, 33.7, 66 bis., 129, 130.2 CP)”, en *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Dir. Gonzalo Quintero Olivares, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 54.

⁹⁷⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”..., ob. cit., p. 78.

⁹⁷⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Responsabilidad de personas jurídicas”, en *Memento experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Coord. Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 13.

Pero más allá de esta discusión doctrinal, debemos hacer hincapié en la importancia para el medioambiente y en lo que representa la responsabilidad penal de las personas jurídicas en dicho ámbito. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que reformó el Código penal, tuvo coherentemente, su incidencia dentro del ámbito del medioambiente. Con ello, se da cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 6 y 7 de la Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medioambiente mediante el Derecho penal, y se otorga un nuevo contenido al artículo 327 CP, con el propósito de admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los supuestos de los artículos 325 y 326 CP, siempre y cuando se cumpla lo establecido en el artículo 31bis⁹⁷⁸. En este sentido, el artículo 327 CP queda de la siguiente forma:

“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas:

- a. Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión superior a cinco años.
- b. Multa de uno a tres años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

Como ya hemos señalado, el delito ecológico es un delito común, pero debido a las características de dicho delito, su comisión se da frecuentemente en el ámbito

⁹⁷⁸ Cfr. MARQUÈS I BANQUÉ, María, “De los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p. 743; MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 279; CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal. Parte especial...*, ob. cit., p. 394; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “Los delitos contra el medio ambiente”, en *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, Dir. Jesús María Silva Sánchez, Ed. La Ley, Madrid, 2012, p. 514; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, *La protección jurídico-penal...*, ob. cit., p. 136; MUÑOZ LORENTE, José/BAUCELLS LLADÓS, Joan/FARALDO CABANA, Patricia, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 325, 327, 328, 329 y 339)”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Dir. Francisco Javier Álvarez García/José Luis González Cussac, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 388; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “Derecho penal del medio ambiente”..., ob. cit., p. 302; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, “La responsabilidad penal de los entes colectivos...”, ob. cit., p. 25; RAMÓN RIBAS, Eduardo, “Art. 327”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en Código penal y la legislación especial*, Dir. Patricia Faraldo Cabana, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p.p. 280 y ss.

empresarial, atribuyéndose la responsabilidad penal a las personas jurídicas, principalmente por falta de control sobre los empleados sujetos a la autoridad del representante legal, administrador de hecho o de derecho, es decir, el órgano administrativo de la empresa, como lo establece el artículo 31bis CP⁹⁷⁹. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ y MONTANER FERNÁNDEZ señalan que “esta clase de delincuencia la mayoría de las veces es manifestación de una mala gestión empresarial”⁹⁸⁰, ostentándose un deber de garante por parte de la empresa del cumplimiento de la legalidad o de la adecuación de la organización al Derecho⁹⁸¹.

Un “*management* ético” y de “mayor responsabilidad social” esta adquiriendo fuerza dentro del Derecho penal actual, y es que incluso el mismo Estado está pasando de la intervención a una postura garante⁹⁸². Por ello, cabe resaltar que el artículo 31bis CP exige que las personas jurídicas realicen, pongan en marcha y ejecuten los “programas de cumplimiento de la legalidad” (*compliance programs, criminal*

⁹⁷⁹ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”..., ob. cit., p. 78; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal*..., ob. cit., p. 477; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código penal español”, en *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, Dir. Jesús María Silva Sánchez, Ed. La Ley, Madrid, 2012, p. 64; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente*..., ob. cit., p.169; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “Los delitos contra el medio ambiente”..., ob. cit., p. 518; MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental*..., ob. cit., p. 279. Debemos señalar que ARTAZA VARELA considera que “si bien tanto quienes administran la empresa como los subordinados son considerados como integrantes de ésta, la responsabilidad criminal se extiende a la corporación por las conductas delictivas de los «*officer*», «*directors*», «*manager*», «*supervisors*», empleados subordinados y en ciertos casos de contrataciones independientes (externas). Ya que debido a que la responsabilidad primaria de conducción de la empresa recae en sus «principal *officers*» estos no pueden eludir su responsabilidad bajo el pretexto de que la conducta la realizó un subordinado. La delegación de responsabilidades y posterior supervisión de la actividad empresarial sigue siendo su obligación” (ARTAZA VARELA, Osvaldo, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*, Ed. Marcial pons, Madrid, 2013, p.p. 89-91).

⁹⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente*..., ob. cit., p.p. 169-170.

⁹⁸¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”..., ob. cit., p. 67.

⁹⁸² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”..., ob. cit., p.p. 67-68.

compliance o *corporate compliance policy*)⁹⁸³. En efecto, las medidas de control en las empresas deben ser imprescindibles, “para la aplicación de los supuestos de responsabilidad penal a las empresas que tienen una actividad que puede ocasionar perjuicios al medio ambiente, debiendo vigilar las acciones y trabajos de sus propios empleados para que éstos no sean autores o colaboradores de los delitos contra el medio; de lo contrario, responderá también aquella, como garante de los actos de estos, por no haber ejercido un debido control en las actividades propias de la empresa”⁹⁸⁴.

Pero conviene insistir en que, en el artículo 31bis CP, también se establece que las personas jurídicas serán responsables como consecuencia de los delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho. No obstante, conviene advertir de los riesgos de que dicho provecho pueda percibirse como un menor costo para la empresa y

⁹⁸³ Los *corporate compliance* son “programas o protocolos específicos, a través de los cuales los Gobiernos corporativos establecen el marco y los medios para un comportamiento generalizado de la empresa y en la empresa respetuoso con lo establecido por las normas penales. Los programas o códigos éticos y de responsabilidad social, así como los programas o planes existentes con respecto a otros riesgos empresariales específicos (laborales, medioambientales, financieros, etc.), deben ser complementados con la gestión de riesgos penales, gestión que en el sistema implantado se caracteriza por grandes dosis de autonomía en detrimento de la seguridad jurídica. La adopción de una estrategia de estas características representa para organizaciones de cierta complejidad el mejor medio para prevenir los enormes costes reputacionales, económicos y personales que puede conllevar para la empresa y sus dirigentes no sólo una condena penal sino la mera incoación y existencia de un proceso penal” (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”..., ob. cit., p.p. 69-70). Véanse, también, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, p.p. 30-32; COCA VILA, Ivó, “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?” en *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Dir. Jesús María Silva Sánchez, Ed. Atelier, Barcelona, 2013, p.p. 45 y ss.

⁹⁸⁴ “De ahí la importancia que resulta de la incorporación en las empresas de la política de cumplimiento legal y responsabilidad corporativa (*corporate compliance policy*), en que se hace responsable de sus propios actos a todos los empleados de la empresa, asegurando que su conducta sea legal y éticamente adecuada bajo unos principios de actuación marcados previamente por la empresa y comprometidos con el cumplimiento de la normativa” (CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal. Parte especial*..., ob. cit., p.p. 394-395). Véase, también, GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, Arturo, “Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa”, en *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Dir. Jesús María Silva Sánchez, Ed. Atelier, Barcelona, 2013, p.p. 89 y ss.

su funcionamiento que la inclusión de medidas y procedimientos para no perjudicar el medioambiente y, en este caso, los recursos hídricos⁹⁸⁵.

Una vez que haya sido declarada culpable la persona jurídica del delito medioambiental (ya sea en su tipo básico o cualificado), además de imponerle la multa que establece el artículo 327, se le podrán imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del artículo 33.7, que son la disolución de la persona jurídica (b), suspensión de sus actividades (c), clausura de sus locales y establecimientos (d), prohibición de actividades (e), inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas (f), e intervención judicial (g), de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 66 bis⁹⁸⁶.

Por lo que respecta a la primera regla del artículo 66bis, se refiere a las decisiones sobre la imposición y la extensión de las penas que se prevén en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33, teniendo en cuenta la necesidad para prevenir futuros delitos, las consecuencias económicas y sociales de la pena, especialmente para los trabajadores, y el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. La segunda regla versa sobre la imposición de penas con una duración limitada, la cual no podrá ser mayor a la duración

⁹⁸⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p.p. 279-280.

⁹⁸⁶ Cfr. CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal. Parte especial...*, ob. cit., p. 394; MARQUÈS I BANQUÉ, María, “De los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p. 744; MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 280; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente...*, ob. cit., p. 171; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “Los delitos contra el medio ambiente”..., ob. cit., p. 519; MUÑOZ LORENTE, José/BAUCELLS LLADÓS, Joan/FARALDO CABANA, Patricia, “Delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p.p. 388-389; CARMONA SALGADO, Concepción, “Incidencias de la reforma penal de 2010 en los delitos contra los recursos naturales y el medioambiente”, en *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 437; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español”, en *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Dir. Jesús María Silva Sánchez, Ed. Atelier, Barcelona, 2013, p.p. 32-34; GALLEGU DÍAZ, Manuel, “Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal español”, en *Revista Penal*, Nº 31, 2013, p.p. 85 y ss.

máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física⁹⁸⁷.

Cabe destacar que las penas previstas en el artículo 33.7 CP se encontraban previstas como consecuencias accesorias en el artículo 129 CP (excepto la inhabilitación)⁹⁸⁸ y tras la reforma del Código penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se pasan a considerar penas aplicables a las personas jurídicas. Anteriormente, cuando el antiguo artículo 327 se remitía al artículo 129 por delito medioambiental, las personas jurídicas solamente se enfrentaban a consecuencias accesorias, como la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos y, además, la intervención de la empresa⁹⁸⁹.

⁹⁸⁷ Véase MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p.p. 280-281.

⁹⁸⁸ Para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, las consecuencias accesorias son medidas previstas para las personas jurídicas que “no poseen en puridad de principios la naturaleza de verdaderas penas. Cuestión distinta es que se aluda a ellas con la denominación de «medidas penales» (o expresión similar) en un sentido amplio, que permita subrayar el dato de que se imponen en un proceso penal y que tienen por objeto la prevención de delitos, y que, consecuentemente, sirva para diferenciarlas de las sanciones administrativas o de otras medidas adoptadas en la vía civil”. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, “Protección penal del medio ambiente y personas jurídicas”, en *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 600. También véanse ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, p.p. 209 y ss; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales”, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p.p. 549-550; MIR PUIG, Santiago, “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p.p. 744-745.

⁹⁸⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente...*, ob. cit., p. 171; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Las consecuencias accesorias para las empresas en la práctica judicial”, en *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p.p. 729 y ss; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, “Protección penal del medio ambiente y personas jurídicas”..., ob. cit., p.p. 599-600; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “Los delitos contra el medio ambiente”..., ob. cit., p. 519; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Ed. Cívitas, Madrid, 2002, p.p. 137-140; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”..., ob. cit., p. 72; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La persona jurídica como sujeto de imputación...”, ob. cit., p. 55; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal...*, ob. cit., p. 474; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, ob. cit., p.p. 59-60; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, “La responsabilidad penal de los entes...”, ob. cit., p.p. 33-34.

La letra b) del vigente artículo 33.7 CP, que establece la *disolución de la persona jurídica*, supone la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. La disolución de la persona jurídica se ha llegado a calificar como la pena de muerte corporativa (*corporate death penalty*), pero se le impondrá a la persona jurídica cuando se trate de sociedades criminalmente instrumentales o que su actividad principal sea delictiva y multirreincidentes⁹⁹⁰.

Con la *suspensión de actividades* que señala el artículo 33.7 CP letra c), se paralizan las funciones que desarrolle la persona jurídica, por un plazo que no podrá exceder de cinco años. Algunos autores como FEIJOO SÁNCHEZ, entienden que no existen obstáculos para entender que la suspensión puede ser total o parcial, es decir, afectar solamente algún sector de su actividad. Y es que no está claro si lo que se pretende con dicha pena es “no permitir «actuar» o intervenir en modo alguno a la persona jurídica en el tráfico social o económico”⁹⁹¹. Tampoco se delimitan las actividades que pueden ser suspendibles, por lo que se podría entender como una paralización temporal de la actividad delictiva de la persona jurídica, si esta fuese absoluta o predominante⁹⁹².

La *clausura de locales y establecimientos* del apartado d) del artículo 33.7 CP, se puede imponer por un plazo que no exceda los cinco años. La misma recae sobre los

⁹⁹⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal...*, ob. cit., p. 482. En este sentido, dentro del capítulo de las organizaciones y grupos criminales y terroristas (artículo 570 quáter), la disolución de la persona jurídica “se convierte no sólo en la pena preferente, sino que pasa a ser de imposición obligada: los órganos de justicia «acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias de los artículos 33.7 y 129 de este Código». En el mismo sentido se pronuncia el art. 520 CP, relativo a las asociaciones ilícitas, si bien en este caso, al no haber sido afectado por la reforma, no se remite a las consecuencias del artículo 31 bis, sino sólo a las consecuencias accesorias del 129 CP” (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”..., ob. cit., p. 122).

⁹⁹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”..., ob. cit., p. 123.

⁹⁹² ZARZALEJOS NIETO, Jesús, “Apuntes sobre la ejecución de penas impuestas a las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, p. 294.

espacios físicos donde se tiene el uso y disfrute, y donde habitualmente se ejerce una industria o empresa⁹⁹³.

En el artículo 33.7 CP letra e) se establece la *prohibición de actividades*, lo que no quiere decir que la persona jurídica ya no pueda realizar toda actividad en un futuro, sino que solamente aquella(s) actividad(es) en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición puede ser temporal o definitiva y, en el caso de ser temporal, no podrá ser de un plazo mayor de quince años, y sólo es definitiva en el los supuestos de multirreincidencia, como se establece en los artículos 66.1.5ª CP⁹⁹⁴.

La *inhabilitación*, que se prevé en el apartado f) del artículo 33.7 CP, se refiere a que la persona jurídica no podrá obtener subvenciones y ayudas públicas, tampoco podrá acceder a la contratación en el sector público y, además, no podrá gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, pudiendo ser dichas penas acumulativas. La duración de dicha pena no puede exceder de quince años⁹⁹⁵. Para esta pena es esencial que se le de publicidad a la Sentencia, pues de lo contrario su efectividad se vería comprometida, por lo que las Administraciones públicas concernidas deben de contar con dicha información, y se hace aún mayor la dificultad de efectividad debido a que existe gran dispersión de competencias y ausencia de un registro centralizado. Una vez se haya ejecutado por el órgano correspondiente, se deberá comunicar la sentencia firme al Ministerio de Economía y Hacienda y a los órganos competentes de las CCAA, para que se proceda a la inhabilitación, además de dar difusión entre las administraciones locales y municipales⁹⁹⁶.

⁹⁹³ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “Los delitos contra el medio ambiente” ..., ob. cit., p. 520; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” ..., ob. cit., p. 123.

⁹⁹⁴ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “Los delitos contra el medio ambiente” ..., ob. cit., p.p. 520-521; ROMA VALDÉS, Antonio, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*..., ob. cit., p. 59.

⁹⁹⁵ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “Los delitos contra el medio ambiente” ..., ob. cit., p. 521; ROMA VALDÉS, Antonio, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*..., ob. cit., p. 59; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, ob. cit., p. 124.

⁹⁹⁶ ZARZALEJOS NIETO, Jesús, “Apuntes sobre la ejecución de penas impuestas a las personas jurídicas” ..., ob. cit., p.p. 296-297.

En el apartado g) del artículo 33.7 CP se encuentra prevista la *intervención judicial*, que tiene como finalidad la salvaguarda los derechos de los trabajadores o de los acreedores. Su duración será por el tiempo que se estime necesario, siempre y cuando no se excedan los cinco años. Lo que se busca con la intervención es poner bajo control judicial determinados bienes y/o derechos de la persona jurídica, lo cual ha sido incluso comparado con la medida de “libertad vigilada” de la Ley de responsabilidad penal de los menores, ya que en un caso se impone un educador, y en el otro una persona que se encarga de vigilar el cumplimiento de la legalidad a causa de los déficits que se hayan detectado en la persona jurídica⁹⁹⁷. Además, su alcance puede variar, ya que la intervención puede afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal deberá determinar exactamente el contenido de su intervención, así como el sujeto que se hará cargo de la intervención y los plazos para la realización de los informes de seguimiento. De igual forma, cabe la posibilidad de modificar o suspender en todo momento la intervención, siempre y cuando se emita previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. En este contexto, se le otorgan una serie de derechos al interventor, quien podrá acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y, además, el derecho a recibir toda la información que estime necesaria para el ejercicio de de sus funciones⁹⁹⁸.

Sin duda alguna, con las reformas emprendidas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se otorga un mayor respaldo a los delitos medioambientales, ya que, a pesar de tratarse de un delito común y, por lo tanto, su comisión puede llevarse a cabo por cualquier persona, lo cierto es que en la mayoría de los casos en los que se atenta contra el medioambiente aparecen implicadas personas jurídicas. Además, mediante estas modificaciones, se refuerza la prevención en el Derecho penal medioambiental, ya que antes se ponía en duda su eficacia, debido a que se veía la pena del artículo 325 como

⁹⁹⁷ En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”..., ob. cit., p. 125. También véase MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “Los delitos contra el medio ambiente”..., ob. cit., p. 521.

⁹⁹⁸ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “Los delitos contra el medio ambiente”..., ob. cit., p. 521; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”..., ob. cit., p. 60; ZARZALEJOS NIETO, Jesús, “Apuntes sobre la ejecución de penas impuestas a las personas jurídicas”..., ob. cit., p.p. 297-298.

una pena de posible no cumplimiento, además de que las multas administrativas superaban a las impuestas por vía penal (antes de la reforma el artículo 325 preveía una pena de prisión de seis meses a cuatro años, y una multa de ocho a veinticuatro meses). Con la modificación hecha en el año 2010, la agravación de la pena para las personas físicas hace que se trate de una pena no suspendible⁹⁹⁹. En el caso de las personas jurídicas se responderá con una multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión superior a cinco años, y con multa de uno a tres años, en el resto de los casos. Con ello se otorga mayor protección al medioambiente, debido a que ahora se trata de delitos en los que la pena obligatoriamente se tiene que cumplir, y la multa, tratándose de personas jurídicas, es de una cantidad elevada, si tenemos en cuenta que la cuota diaria tiene como mínimo 30 y máximo 5.000 euros (artículo 50.4 CP), con lo cual, las multas pueden llegar hasta los 9.000.000 euros; aunque claro está que será el Juez quien tome en consideración las penas que debe imponer, teniendo en cuenta las consecuencias que ellas conllevan, tanto en la prevención de otros actos delictivos, como en los efectos sociales y económicos, sobre todo por los trabajadores y los empleos que se puedan perder¹⁰⁰⁰. En este sentido, la previsión de la pena de intervención judicial debe ser objeto de una valoración muy positiva, puesto que va a permitir la protección del medioambiente mientras que previene que la actividad delictiva prosiga, y además, los intereses de los trabajadores se encuentran protegidos, como se establece en el artículo 33.7g¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁹ Sobre la suspensión de las penas véase, ampliamente, ARMENDÁRIZ LEÓN, Carmen, “Alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad”, en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Coord. Molina Blázquez, M^a Concepción, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p. 117.

¹⁰⁰⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p.p. 281-282; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “Los delitos contra el medio ambiente”..., ob. cit., p. 522; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”..., ob. cit., p.p.113-114; MUÑOZ LORENTE, José/BAUCELLS LLADÓS, Joan/FARALDO CABANA, Patricia, “Delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p.p. 389-390.

¹⁰⁰¹ En el mismo sentido, MUÑOZ LORENTE, José/BAUCELLS LLADÓS, Joan/FARALDO CABANA, Patricia, “Delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p. 390.

6.3.4. Sujeto pasivo

Ahora nos referiremos al sujeto pasivo, que puede entenderse como “la persona o entidad titular del bien jurídico atacado con la conducta típica observada por el sujeto activo”¹⁰⁰². En este sentido, podemos observar que en el artículo 325 CP no existe un solo titular individual del bien jurídico, ya que el medioambiente, y en consecuencia el agua, debe ser considerado como un interés jurídico de naturaleza colectiva¹⁰⁰³, y es que su protección viene fundamentada como un bien de todos y, sin duda alguna, el medioambiente contiene un valor de inigualable importancia para la sociedad¹⁰⁰⁴. Como habíamos apuntado con anterioridad, la titularidad de estos bienes se comparte por una generalidad de personas, las cuales mantienen un mismo interés por proteger y conservar determinada necesidad colectiva, aunque en determinados casos, puede haber un grupo afectado más directamente¹⁰⁰⁵.

De este modo, podemos insistir en lo que señala el artículo 45 CE, que establece la necesidad de conservar el medioambiente para el buen “desarrollo de la persona”, con el propósito “proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio

¹⁰⁰² OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del Delito*, 2ª ed., Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986, p. 48.

¹⁰⁰³ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial...*, ob. cit., p. 927; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p. 60; BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua...*, ob. cit., p. 427. Como señala HEFENDEHL, “todo bien jurídico colectivo se caracteriza por poder ser utilizado potencialmente por cualquier miembro de la sociedad, de modo que no es posible asignar el bien jurídico colectivo o un fragmento del mismo sólo a una determinada parte de la sociedad” (HEFENDEHL, Roland, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Dir. Roland Hefendehl, Ed. Marcial pons, Madrid, 2007, p. 189).

¹⁰⁰⁴ MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, “Introducción al Derecho penal ambiental”, en *Derecho penal ambiental*, Ed. Exlibris, Madrid, 2006, p. 25.

¹⁰⁰⁵ VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, p. 106; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999 p. 204; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p. 162.

ambiente”, basándose en la “solidaridad colectiva”¹⁰⁰⁶. Así pues, se manifiesta el interés social que contiene el medioambiente¹⁰⁰⁷, y por ende, la titularidad colectiva. Como sostiene HEFENDEHL, estamos ante un bien colectivo “cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible dividir este bien en partes y asignar una porción de éste a un individuo”¹⁰⁰⁸. En este sentido, la colectividad es la que adquiere la condición de sujeto pasivo, y no así, un sólo sujeto o unos sujetos particulares, quienes sí pueden ser considerados como él o los perjudicados, ya que son quienes soportan las consecuencias perjudiciales más o menos directas¹⁰⁰⁹.

A este respecto, cabe resaltar la STS 327/2007 de 27 abril, RJ 2007/4724, la cual considera que “cabría pensar que el sujeto pasivo sólo puede ser una pluralidad indeterminada y relevante de personas, dado que el medio ambiente no es un bien jurídico individual, sino colectivo. Sin embargo, el medio ambiente protegido es también el hábitat de una o varias personas, es decir, el «conjunto local de condiciones geofísicas en las que se desarrolla la vida de una especie o de una comunidad animal o de personas»... Consecuentemente, el sujeto pasivo del delito contra el medio ambiente no se caracteriza por el alto número de perjudicados, sino por la pertenencia a la especie cuya base biológica se desarrolla en el mismo”. También podemos referirnos a la STS 1318/2005 de 17 noviembre, RJ 2006/60, que sostiene que “en la generalidad de los delitos, hay siempre alguien concernido en primera persona por las consecuencias lesivas que de ellos se derivan normalmente. Pero esto es algo que puede no darse en tales términos, cuando se trata de delitos como el contemplado, que afectan negativamente a los que se conocen como «intereses difusos». En efecto, el daño que

¹⁰⁰⁶ MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, “Introducción al Derecho penal ambiental”..., ob. cit., p. 25; URRIZA ABAD, Jesús, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Ed. La Ley, Madrid, 2001, p. 197.

¹⁰⁰⁷ Aunque para autores como URRIZA ABAD, “el valor axiomático de origen social que ha justificado el surgimiento del bien jurídico autónomo «medio ambiente» debe buscarse en un interés cualificado por la conservación y protección de la calidad de vida del ciudadano”. URRIZA ABAD, Jesús, *Delitos contra los recursos naturales y...*, ob. cit., p.p. 197-198.

¹⁰⁰⁸ HEFENDEHL, Roland, “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en *Anales de Derecho*, Nº 19, 2001, p. 150.

¹⁰⁰⁹ MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p. 60; BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua...*, ob. cit., p. 428; BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de derecho penal español...*, ob. cit., p. 253; CANOSA USERA, Raúl, *Constitución y medio...*, ob. cit., p. 157; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial...*, ob. cit., p. 927.

los mismos producen incide sobre bienes colectivos, que son el contenido de los derechos llamados «de tercera generación», de difícil encaje en la categoría del derecho subjetivo convencionalmente entendido (forma jurídica habitual de los bienes penalmente tutelados), que, en general, presupone como titular al individuo singularmente considerado, o en todo caso, individualizado o identificable como tal. En cambio, esta otra aludida categoría de derechos vive en una dimensión que es siempre transpersonal, ya que interesan directamente a sujetos colectivos, integrantes de grupos humanos indeterminados y abiertos. En algunos casos, puede decirse que, en rigor, lo hacen a la ciudadanía en general e incluso a las generaciones futuras, como ocurre con los que inciden sobre el medio ambiente”.

Y son, justamente, los derechos de las generaciones futuras los que han causado un cierto revuelo en el Derecho penal, si bien uno de los objetivos del Derecho ambiental, a través de instrumentos de protección y mejora, es que las generaciones posteriores tengan una mejor calidad de vida mediante un medioambiente adecuado. En el Derecho penal es difícil situar la necesidad de proteger lo que no ha ocurrido¹⁰¹⁰, pero no por ello se puede dejar de lado la protección del medioambiente y de los demás bienes jurídicos colectivos, y es que en la actualidad nos encontramos en una «sociedad de riesgo»¹⁰¹¹, que se encuentra en continuo riesgo o amenazas de daño como la “crisis

¹⁰¹⁰ “Dichas cuestiones podrían resultar en principio extrañas a la argumentación jurídico-penal clásica... Es evidente que los intereses de las generaciones futuras, en cuanto potenciales, no pueden encarnarse en bienes jurídicos personales como la vida, la integridad física o la propiedad, por lo que su protección no puede llevarse a cabo a través de la prohibición de lesionar esferas ajenas de libertad. Por el contrario, dicha protección sólo puede acometerse a través del mantenimiento actual de las condiciones de supervivencia futura; es decir, a través de la protección del medio ambiente”. ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “La protección del futuro y los daños cumulativos”, En *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 4, 2002, p.p. 1-2.

¹⁰¹¹ En este contexto, el riesgo se considera como “inseguridades determinables y calculables que la misma modernidad industrial produce como consecuencias secundarias, advertidas o no, subyacentes a determinadas ventajas y ante las que reacciona –o precisamente no reacciona– con regulaciones sociales (...) en este sentido se dibuja un consenso a escala internacional en las publicaciones del ámbito de las ciencias sociales para distinguir entre peligros preindustriales, que no proceden de decisiones técnico-económicas y pueden, por lo tanto, atribuirse a factores externos –naturaleza, dioses–; y riesgos industriales, que son productos de decisiones sociales, que deben ser ponderados desde las ventajas ofrecidas y analizados, negociados o, también, cargados sobre los individuos en función de reglas científicas, jurídicas, etc.” (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Sobre la “administrativización” del derecho penal...”, ob. cit., p. 109).

ecológica o el derrumbe del sistema financiero”¹⁰¹², de manera que la sociedad debe responder a tales desafíos que se presentan en la actualidad “sin renunciar al Estado de bienestar”. Hoy en día la sociedad se encuentra interconectada globalmente, las acciones en un sitio se conocen al instante del otro lado del mundo e, incluso, sus consecuencias se extienden más allá de las fronteras y de las generaciones¹⁰¹³. En este sentido, el «Derecho penal del riesgo» se ocupa de la seguridad y prevención que afrontan las sociedades modernas, mediante “la preservación del futuro frente a grandes riesgos mediante el Derecho penal”¹⁰¹⁴. Sin embargo, la doctrina penal no coincide en el momento de aceptar esta posición del Derecho penal, ya que si bien podemos encontrar quien defiende su legitimidad y eficacia, también hay que se opone.

Quienes se encuentran a favor de dicho planteamiento entienden que desde el Derecho penal del riesgo¹⁰¹⁵, se debe considerar que una de las características de la sociedad industrial actual radica en el gran aumento de las interconexiones causales múltiples, y por ende, es difícil su esclarecimiento, debido a su interrelación y convergencia compleja. La sociedad de riesgo viene a sustituir los contextos de acción individual, por colectivos, cuyo contacto personal o directo se reemplaza por un comportamiento anónimo, estandarizado e indirecto¹⁰¹⁶. Por ello, para autores como

¹⁰¹² BECK, Ulrich, “Las instituciones de gobernanza global en la sociedad mundial del riesgo”, en *Guerra y paz en el Siglo XXI. Una perspectiva europea*, Ed. Tusquets, Barcelona, 2003, p. 53.

¹⁰¹³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Sobre la “administrativización” del derecho penal...”, ob. cit., p. 109.

¹⁰¹⁴ PRITTWITZ, Cornelius, “Sociedad de riesgo y Derecho penal”, en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de Siglo*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 265.

¹⁰¹⁵ En este sentido, véanse FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Sobre la “administrativización” del derecho penal...”, ob. cit., p.p. 122 y ss; SCHÜNEMANN, Bernd, “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, N° 49, Fascículo I, 1996, p.p. 190 y ss; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección...*, ob. cit., p.p. 190 y ss, entre otros.

¹⁰¹⁶ Como lo ejemplifica SCHÜNEMANN, señalando que: “mientras el ciudadano obtuvo sus alimentos siempre de la misma granja, del mismo carnicero o del mismo panadero, cuyo círculo de clientes a su vez era constante y limitado, la distribución de alimentos nocivos para la salud podía ser abarcada sin problema alguno por medio de los tipos del homicidio o, en su caso, de las lesiones imprudentes, ya que autor y víctima se hallaban vinculados a través de relaciones personales y pertenecían a una vecindad que permanecía constante y era perfectamente abarcable. Sin embargo, al producirse la distribución masiva de alimentos producidos por fabricantes anónimos por parte de cadenas de almacenes, estas cadenas causales se pierden en el

FEIJOO SÁNCHEZ la evolución del Derecho penal “en muchos casos no es una evolución aislada, sino que se encuentra en línea con la evolución material del derecho en su conjunto como subsistema social, por lo que no es posible desvincular la evolución del derecho penal de determinados desarrollos de las sociedades modernas y del papel que va desempeñando el derecho en las más recientes evoluciones del Estado social”¹⁰¹⁷.

La doctrina contraria a este planteamiento aparece encabezada por la denominada Escuela de Frankfurt, que manifiesta una negación a la modernización del Derecho penal, ignorando las condiciones de las acciones en la sociedad moderna e, incluso, argumentando una «politización del Derecho penal», con el que se intenta “demostrar que se es consciente de un determinado problema”¹⁰¹⁸. Según este sector de la doctrina, nos encontramos ante situaciones que no se pueden comprobar ni denunciar, lo cual conduce a un serio descontrol y deshumanización de la actuación penal¹⁰¹⁹.

Sin embargo, debemos insistir en que el riesgo en el que nos encontramos continuamente es ya una característica de la sociedad actual. El medioambiente se encuentran en grave peligro y en constante agresión, por lo cual no es posible hacer caso

anonimato de la sociedad de masas, y si se quiere mantener bajo estas condiciones de todos modos la protección de bienes jurídicos, la palanca del Derecho penal ha de ser apoyada en la acción de riesgo intolerable como tal, esto es, en la producción e introducción en el mercado de elementos idóneos para producir lesiones en la salud... Lo mismo rige respecto de la distribución de inversiones en el mercado de capitales, en el que el prospecto de emisión hace mucho ya que ha asumido el papel de la confianza personal, y en el que además es decisiva la voluntad de riesgo del inversor correctamente informado respecto de la relación de equivalencia entre inversión y valor de participación, a través de formas de inversión como el capital riesgo, las sociedades de amortización con la finalidad de atribución de pérdidas y otras modalidades similares”. SCHÜNEMANN, Bernd, “Consideraciones críticas sobre la situación...”, ob. cit., p.p. 198-200.

¹⁰¹⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Sobre la “administrativización” del derecho penal...”, ob. cit., p. 122.

¹⁰¹⁸ HERZOG, Félix, “Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales”, en *Revista Poder Judicial*, Nº 32, 1993, p. 87. También véase, HERZOG, Félix, “Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo”, en *Revista Penal*, Nº 4, 1999, p.p. 54 y ss

¹⁰¹⁹ En este sentido, véanse HASSEMER, Winfried, “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Nº 45, Fascículo I, 1992, p.p. 235 y ss; HERZOG, Félix, “Límites del Derecho penal para controlar...”, ob. cit., p.p. 79 y ss; ALBRECHT, Peter-Alexis, “El Derecho penal en la intervención de la Política populista”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2000, p.p. 471 y ss, entre otros autores que aparecen en dicha recopilación.

omiso a la realidad que se presenta ante el Derecho penal ambiental, el cual protege, sin duda, un bien jurídico colectivo y previene riesgos para las generaciones futuras.

6.3.5. Conducta típica: elementos objetivos

En el artículo 325 CP podemos resaltar desde la parte objetiva, los tres elementos del tipo que lo conforman: a) el reenvío normativo; b) existencia de un acto de contaminación; c) la creación de una situación de peligro grave para el equilibrio de los sistemas naturales. En el plano subjetivo, el tipo requiere del dolo (puesto que la modalidad por imprudencia grave se sanciona según lo dispuesto en el artículo 331 CP)¹⁰²⁰. Cabe resaltar, en este sentido, la STS 1375/2003 de 24 octubre, RJ 2003/7319, que en su Fundamento de Derecho 3º mantiene que “el art. 325 del Código penal requiere... los siguientes elementos: a) la realización de un vertido a las aguas terrestres; b) que tal vertido contravenga las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente; c) que dicho vertido pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales; d) que el agente obre con dolo directo o eventual, porque en caso de imprudencia grave se aplicará el art. 331 del Código penal”.

6.3.5.1. El reenvío normativo: la “contravención de las Leyes u otras disposiciones de carácter general”

El primer elemento, por lo tanto, está constituido por la “contravención de las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”, por lo

¹⁰²⁰ Véanse, en general, MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 257; PERIS RIERA, Jaime Miguel, “Tutela penal del agua”, en *La tutela...*, ob. cit., p. 27; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p. 61; MARQUÈS I BANQUÉ, María, “De los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p. 700; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p. 137; ACALE SÁNCHEZ, María, “Delitos contra los recursos naturales y...”, ob. cit., p. 304; DE MIGUEL PERALES, Carlos, *Derecho español del medio ambiente...*, ob. cit., p. 270; CARMONA SALGADO, Concepción, “Incidencias de la reforma penal de 2010 en los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p. 427.

que se trata de una ley penal en blanco¹⁰²¹, que, como ya hemos señalado, son aquellas que se remiten a otras normas que no son de carácter penal, cubriendo así el vacío dejado en la ley penal¹⁰²², siendo en este caso, el TRLA y el RDPH las “leyes y

¹⁰²¹ En este sentido, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, *La protección jurídico-penal...*, ob. cit., p. 108; PERIS RIERA, Jaime Miguel, “Tutela penal del agua”, en *La tutela...*, ob. cit., p. 28; GARCÍA COSTA, Francisco Manuel, “A vueltas con la Ley penal en blanco: a propósito del artículo 325.1 del Código penal”, en *La tutela penal del agua*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 286; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 593; MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 261; GÓMEZ LANZ, Francisco Javier, “Relevancia penal de las nuevas formas de contaminación atmosférica”, en *Nuevas formas de contaminación atmosférica. Un análisis jurídico multidisciplinar*, Ed. Dykinson/Comillas, Madrid, 2010, p. 150; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, p.p. 64; CASSOLA PEREZUTTI, Gustavo, *Medio ambiente y Derecho penal*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2005, p. 29; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p. 143; BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua...*, ob. cit., p.p. 393-394; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, Ed. Colex, Madrid, 1998, p. 80; MORALES PRATS, Fermín, “El delito de contaminación ambiental: análisis del artículo 325.1 CP. La relación entre el Derecho penal y Derecho administrativo medioambiental”, en *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 1054; MARQUÈS I BANQUÉ, María, “De los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p. 700; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Protección penal del agua”..., ob. cit., p. 64; SÁNCHEZ MELGAR, Julián, “La jurisprudencia penal en materia medioambiental”..., ob. cit., p.p. 75-76; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “El delito ecológico...”, ob. cit., p. 300; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Cuestiones relativas al delito de contaminación ambiental”, en *Revista penal*, Nº 4, 1999, p. 35; TERRADILLOS BASOCO, Juan Mª, “Protección penal del medio ambiente. Jurisprudencia e intuición”, *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p.p. 372-373; ACALE SÁNCHEZ, María, “Delitos contra los recursos naturales y...”, ob. cit., p. 306; DE LA CUESTA AGUADO, María Paz, “De los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p. 731; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en *Comentarios al Código penal*, Dir. Rodríguez Mourullo, Gonzalo, Ed. Cívitas, Madrid, 1997, p. 926; CALVO CHARRO, María, *Escritos de Derecho ambiental...*, ob. cit., p. 272; VARELA AGRELO, José Antonio, “Imprudencia y medio ambiente: dificultades y soluciones en la regulación penal de un delito de peligro”, en *La imprudencia*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 75; DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa...*, ob. cit., p.p. 78-79; DE MIGUEL PERALES, Carlos, *Derecho español del medio ambiente...*, ob. cit., p. 270; FUENTES OSORIO, Juan Luis, “Accesoriedad administrativa y delito ecológico”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Editores Esteban Pérez Alonso y Otros, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 713; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “Derecho penal del medio ambiente”, en *Tratado de Derecho ambiental*, Dirs. Luis Ortega Álvarez/Consuelo Alonso García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p.p. 292-293; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, “La problemática de las normas penales en blanco”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en Código penal y la legislación especial*, Dir. Patricia Faraldo Cabana, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 106.

¹⁰²² Véase, fundamentalmente, el apartado 3. 4 de este trabajo.

disposiciones” que pueden ser infringidas, y por lo tanto, las que cubrirían dicho vacío¹⁰²³. Como también hemos podido constatar con anterioridad, la técnica de ley penal en blanco ha sido criticada severamente y es que uno de los problemas que se plantean por el uso de esta técnica es la posible infracción del principio de legalidad. Pero lo cierto es que esta clase de técnica es indispensable, debido a la vinculación de determinadas materias jurídicas, particularmente dinámicas, como es el caso del medioambiente, de modo que las normas extrapenales son las que pueden asegurar su debido y preciso tratamiento. Por ello, se hace necesario el uso de las leyes penales en blanco, como consecuencia del constante cambio en la regulación administrativa en materia medioambiental, y en especial en las aguas, siendo imposible llevar ese dinamismo al ámbito penal, debido a que sufriría un grave deterioro legislativo. En este sentido, se puede decir que ninguna legislación penal ambiental será eficaz en materia de protección de las aguas si renuncia al empleo de leyes penales en blanco. El Derecho penal debe asumir la tutela de bienes jurídicos de reciente creación, además de los que se consideran complejos, como es el caso del medioambiente, y dentro del mismo, las aguas.

También conviene recordar que la Jurisprudencia ha aceptado este tipo de técnica legislativa, fijando los requerimientos que deben observarse para respetar el principio de legalidad, siendo la **STC 127/1990** de 5 de julio¹⁰²⁴, la que comenzó a considerar la legitimidad del uso de las leyes penales en blanco mediante los siguiente requisitos: a) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien

¹⁰²³ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “La accesoriadad administrativa de la tipicidad penal como técnica legislativa: efectos políticos y materiales”, en *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p.p. 627-628.

¹⁰²⁴ GERPE LANDÍN, Manuel, “Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal”, en *Revista jurídica de Catalunya*, Il ltre Col·legi d’ Advocats de Barcelona, nº 3, 1991, p. 697; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Ed. Universitas, Madrid, 2004, p. 150; BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua...*, ob. cit., p. 408; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Protección penal del agua”..., ob. cit., p. 66; GARCÍA COSTA, Francisco Manuel, “A vueltas con la Ley penal en blanco...”, ob. cit., p. 292; MORALES PRATS, Fermín, “El delito de contaminación ambiental: análisis del artículo 325.1 CP...”, ob. cit., p. 1057; MARQUÈS I BANQUÉ, María, “De los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p. 702; SÁNCHEZ MELGAR, Julián, “La jurisprudencia penal en materia medioambiental”..., ob. cit., p. 77; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “El delito ecológico...”, ob. cit., p. 300; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Cuestiones relativas al delito de contaminación...”, ob. cit., p. 36.

jurídico protegido por la norma penal; b) que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; c) sea satisfecha la exigencia de certeza o se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la forma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.

A este respecto, podemos observar en el artículo 325 CP el cumplimiento de los requisitos que la Jurisprudencia exige, y es que el primer requisito, el reenvío normativo expreso, se encuentra establecido en el precepto mediante la fórmula «contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente». El segundo requisito, la justificación en razón del bien jurídico protegido por la norma penal es indudable, pues precisamente, como hemos señalado, es el medioambiente uno de los casos más claros donde esta técnica resulta indispensable. El tercer requisito también se cumple, ya que la ley señala la pena, estableciendo que «será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años» y, además, contiene el núcleo esencial de la prohibición, fijando dicha pena para el que «provoque o realice directa o indirectamente vertidos en las aguas terrestres, subterráneas, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales». El último requisito, la satisfacción de la exigencia de certeza o que el complemento al que se remite la norma penal precise la conducta delictiva, se encuentra establecido satisfactoriamente mediante el TRLA y el RDPH, que describen las actividades de vertidos, además de precisar la situación por la cual pueden ser merecedoras de sanción. Por lo tanto, se encuentra salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.

6.3.5.2. La existencia de un acto de contaminación

En el segundo elemento, la conducta contaminante en el agua consistirá en que se “provoque o realice” de manera “directa o indirectamente vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, inyecciones o depósitos” en las aguas continentales (terrestres y subterráneas), así como “captaciones de aguas”.

En páginas anteriores hemos analizado lo que se entiende por *vertido*¹⁰²⁵, por lo que ahora nos limitaremos a recordar brevemente lo que señala el TRLA y el RDPH sobre los *vertidos directos e indirectos*. El TRLA, en su artículo 100, establece que se considera *vertido* aquel se “realice directa o indirectamente en las aguas continentales, así como en el resto del dominio público hidráulico, cualquiera que sea el procedimiento o técnica utilizada”. En el mismo sentido se manifiesta el RDPH en su artículo 245.1. Además, según este último precepto, se considera un *vertido directo* “la emisión directa de contaminantes a las aguas continentales o a cualquier otro elemento del dominio público hidráulico, así como la descarga de contaminantes en el agua subterránea mediante inyección sin percolación a través del suelo o del subsuelo”, y los *vertidos indirectos* son “tanto los realizados en aguas superficiales a través de azarbes, redes de colectores de recogida de aguas residuales o de aguas pluviales o por cualquier otro medio de desagüe, o a cualquier otro elemento del dominio público hidráulico, así como los realizados en aguas subterráneas mediante filtración a través del suelo o del subsuelo.

Las *radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, inyecciones o depósitos*, son otras formas de contaminación de las aguas, aunque se trata de acciones menos frecuentes en el ámbito de las aguas que los vertidos, pero no por ello dejan de ser acciones peligrosas que si no son controladas, pueden generar un grave deterioro en los recursos hídricos¹⁰²⁶.

¹⁰²⁵ Véase, fundamentalmente, el apartado 5.5.2. de este trabajo.

¹⁰²⁶ De forma contraria, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ mantiene que las formas de contaminación de los recursos hídricos son: *emisiones, vertidos, extracciones, aterramientos, inyecciones o depósitos*, dejando de lado las *radiaciones, excavaciones, ruidos, vibraciones*. Por una parte, estamos de acuerdo con omitir los *ruidos y las vibraciones*, ya que no tienen cabida como formas de contaminación del agua. Por otro lado, incluir las *emisiones* no tiene mucho sentido, debido a que las *emisiones* se realizan a la atmósfera, usualmente, en forma de humos que expulsan las industrias. Por último, las *radiaciones y excavaciones* pueden entenderse como formas de contaminación hídrica. RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, *La protección jurídico-penal...*, ob. cit., p. 122. MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 258. Sobre las emisiones y la protección de la atmósfera, véase, ALONSO GARCÍA, M^a. Consuelo, “Atmósfera, protección”, en *Diccionario de Derecho ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, p.p.102 y ss.

En cuanto a las *radiaciones*, es común que este tipo de contaminación se encuentre muy controlada, pero aún así supone un peligro grave para el medioambiente. Por otra parte, si las radiaciones son ionizantes nos estaremos refiriendo al flujo de partículas o fotones con suficiente energía para producir ionizaciones en las moléculas que atraviesa, pero ello se encuentra previsto en el Código Penal en el Título XXVII, Capítulo I, Sección 1, “sobre los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes”, en los artículos 341-345, en los cuales se defienden, incluso, otros bienes jurídicos, como la vida y la salud de las personas. Por lo tanto, de tratarse de radiaciones nucleares o ionizantes es posible que exista un concurso de delitos¹⁰²⁷.

La *extracción* implica poner algo fuera de donde estaba, en este caso sacar aguas del subsuelo o superficiales, lo que supone una forma de explotación de los depósitos de agua¹⁰²⁸. También las *excavaciones* pueden afectar al agua, pues suponen hacer en el terreno hoyos, zanjas, desmontes, pozos o galerías subterráneas, y es que pueden darse excavaciones y perforaciones en el terreno subacuático¹⁰²⁹. Incluso, actualmente, existe una gran preocupación por actividades relacionadas con la excavación que pueden perjudicar los mantos acuíferos, como el “*fracking*”¹⁰³⁰. De cualquier forma, tanto las

¹⁰²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 257; BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua...*, ob. cit., p. 445; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial...*, ob. cit., p. 929; MENDO ESTRELLA, Álvaro, *El delito ecológico del artículo 325.1 del Código Penal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009, p.p. 66-67.

¹⁰²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 258; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente...*, ob. cit., p.p. 58-59; BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua...*, ob. cit., p. 445. También véanse, QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial...*, ob. cit., p. 930; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Las diversas variables de la protección penal del agua...”, ob. cit., p. 65; CARMONA SALGADO, Concepción, “Incidencias de la reforma penal de 2010 en los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p. 429.

¹⁰²⁹ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial...*, ob. cit., p. 929; BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua...*, ob. cit., p. 446; CARMONA SALGADO, Concepción, “Incidencias de la reforma penal de 2010 en los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p. 429; MENDO ESTRELLA, Álvaro, *El delito ecológico del artículo 325.1...*, ob. cit., p. 67. También véanse, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente...*, ob. cit., p.p. 58-59; MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 258.

¹⁰³⁰ El “*fracking*” o “fractura hidráulica” consiste en la explotación de hidrocarburos (líquidos o gaseosos) mediante fractura hidráulica masiva o recurriendo a la perforación multilateral desde

excavaciones como la extracción son conductas que pueden derivar en un aprovechamiento irracional, además de que pueden contaminar los recursos hídricos.

Los *aterramientos* son el aumento del depósito de tierras, limo o arena en el fondo de un mar o de un río por acarreo natural o voluntario, es decir, alteraciones físicas de los cursos o cuerpos de agua mediante el aumento de sedimentos, lo cual puede dar lugar a la interrupción del curso del agua e incluso, puede producir sequía¹⁰³¹.

Las *inyecciones* implican introducir a presión un gas, un líquido, o una masa fluida, en el interior de un cuerpo o de una cavidad; en este caso los desechos no se vierten o se derraman, sino que se inyectan dentro de alguna masa de agua, ya sea subterránea o superficial¹⁰³². Por lo que respecta a los *depósitos*, pueden ser entendidos como colocar desechos sólidos durante un periodo prolongado, con la capacidad de contaminar algún cuerpo de agua, usualmente mediante lluvias que llegan a corrientes o

un pozo principal inyectando a muy alta presión millones de litros de agua mezclados con productos químicos y arena en los yacimientos del subsuelo, a grandes profundidades (alrededor de dos kilómetros), con la finalidad de conseguir que la roca se rompa y así libere el recurso mediante una serie de pozos excavados en la superficie. Mientras el uso de la técnica de “fractura hidráulica” se expande, también se extienden las preocupaciones sobre su potencial impacto en los humanos y el medioambiente, sobre todo por los posibles efectos en los recursos hídricos. UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY (EPA), *Plan to study the potential impacts of hydraulic fracturing on drinking water resources*, (EPA/600/R-11/122), 2011, p. 1, y sobre los posibles impactos en el agua, p.p. 22 y ss; COMISIÓN DE MEDIO AMBIENTE, SALUD PÚBLICA Y SEGURIDAD ALIMENTARIA DEL PARLAMENTO EUROPEO, “Repercusiones de la extracción de gas y petróleo de esquisto en el medio ambiente y la salud humana”, Parlamento Europeo, Bruselas, 2011, p.p. 19 y ss. Véase, también, MOREU CARBONELL, Elisa, “Marco jurídico de la extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica (*fracking*)”, en *Revista catalana de Dret ambiental*, Vol. III, Nº 2, 2012, puede consultarse en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4158530>.

¹⁰³¹ MENDO ESTRELLA, Álvaro, *El delito ecológico del artículo 325.1...*, ob. cit., p. 68; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, *La protección jurídico-penal...*, ob. cit., p. 128; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial...*, ob. cit., p. 930; BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua...*, ob. cit., p. 441. También véanse, MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 258; CARMONA SALGADO, Concepción, “Incidencias de la reforma penal de 2010 en los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p. 429.

¹⁰³² RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, *La protección jurídico-penal...*, ob. cit., p. 128. También véanse, MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 258; BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua...*, ob. cit., p. 447.

filtraciones de agua en mantos subterráneos. Los *depósitos* pueden plantear un problema en el momento de establecer la delimitación con el artículo 328 CP, pero, a diferencia del artículo 325 CP, dicho precepto castiga el establecimiento de depósitos o vertederos de desechos o residuos tóxicos o peligrosos¹⁰³³.

La alusión a las “*captaciones de aguas*” se hace demasiado confusa, ya que a primera vista no se sabe si la captación es un sitio en donde puede recaer una acción o si es una forma de acción más. Y es que podríamos pensar que el legislador omitió el uso de la preposición «en» y la inclusión de una coma para separar y facilitar el entendimiento del artículo (“así como en las captaciones de agua...”); incluso se puede llegar a pensar que la captación de agua es la única que puede poner en peligro a los sistemas naturales y no las acciones contaminantes (lo más correcto sería: “así como las captaciones de agua, que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”). Debido a la complicada y confusa redacción, además de la similitud con las extracciones, MENDO ESTRELLA mantiene que se debe desaparecer del tipo¹⁰³⁴, algo con lo que no estamos de acuerdo, si bien debe ser modificada para aclarar la redacción. Por otra parte, la extracción supone sacar afuera las aguas, en tanto que las *captaciones* deben entenderse como una recolección, conducción o almacenamiento de aguas. Estas *captaciones de aguas* pueden tener una fuerte incidencia en los sistemas naturales, como la desecación de los cauces naturales o embalses artificiales¹⁰³⁵.

¹⁰³³ MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 258; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, *La protección jurídico-penal...*, ob. cit., p.p. 128-129; También véanse, BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua...*, ob. cit., p. 447.

¹⁰³⁴ MENDO ESTRELLA, Álvaro, *El delito ecológico del artículo 325.1...*, ob. cit., p. 72.

¹⁰³⁵ RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, *La protección jurídico-penal...*, ob. cit., p. 127; MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 258; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente...*, ob. cit., p. 68; BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua...*, ob. cit., p.p. 449-450;; CARMONA SALGADO, Concepción, “Incidencias de la reforma penal de 2010 en los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p.p. 429-430; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio, *Los delitos relativos a la protección...*, ob. cit., p. 95; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Las diversas variables de la protección penal del agua...”, ob. cit., p.p. 64-65; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial...*, ob. cit., p. 930.

Por otra parte, no existe un consenso doctrinal a la hora de interpretar las expresiones “provocar o realizar, directa o indirectamente”. La mayoría de los autores opinan que «provocar» o «realizar» son dos verbos con diferentes significados, en tanto que otros entienden que son sinónimos. Así, MORALES PRATS considera que “la realización del acto contaminante alude a la ejecución inmediata del mismo, en tanto que la provocación se proyecta sobre las formas de producción mediata del acto contaminador”¹⁰³⁶. DE VICENTE MARTÍNEZ entiende “que “provoca” quien ayuda a realizar y “realiza” quien efectúa materialmente el hecho”¹⁰³⁷. RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ señala que “la redacción «provoque o realice» debe entenderse como acción de originar, facilitar o promover”¹⁰³⁸. Para DE LA CUESTA ARZAMENDI mediante «realizar» “se pretende abarcar la totalidad de comportamientos contaminantes...”, interpretando «provocar» como la “obligación de dar cabida directa en el tipo penal a actos (directos o indirectos) de incitación o de mera ayuda a la contaminación”¹⁰³⁹. Para SILVA SÁNCHEZ y MONTANER FERNÁNDEZ se trata de una expresión con la cual el legislador quiso “excluir cualquier género de restricción en cuanto a las conductas que pueden generar un riesgo típicamente relevante... aun a riesgo de reiteración”¹⁰⁴⁰.

La STS 916/2008 de 30 diciembre, RJ 2009/1380 establece que “los dos verbos nucleares son los de provocar o realizar y no deben estimarse idénticos -semánticamente tampoco lo son- y empleados como recurso estilístico del legislador..., que provocar es equivalente a originar, facilitar o promover, pero entonces resultaría igual o parejo a realizar. Por ello debe reputarse que provocar puede comprender en su diferencia con

¹⁰³⁶ A juicio de este autor, “se apunta la distinción entre actos contaminantes que incorporan conductas nocivas *per se* (constitutivas de los actos típicos de realización) de aquellos otros cuya nocividad provendría del modo o la forma con que se producen (estos últimos corresponderían a las conductas de provocación)”. MORALES PRATS, Fermín, “El delito de contaminación ambiental: análisis del artículo 325.1 CP...”, ob. cit., p. 1037.

¹⁰³⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “Derecho penal del medio ambiente”..., ob. cit., p. 294.

¹⁰³⁸ RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, *La protección jurídico-penal...*, ob. cit., p. 121.

¹⁰³⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “La tutela penal de las aguas continentales”..., ob. cit., p. 185.

¹⁰⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente...*, ob. cit., p. 49.

realizar, la de mantener tales emisiones o vertidos, mucho más cuando la interpretación contextual da pie para ello al entender que el vertido puede hacerse directa o indirectamente y no sólo en el sentido subjetivo o personal, sino en el objetivo, finalista o direccional. Así resulta que la dicción utilizada en el precepto "provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos" pretende abarcar toda acción humana que determine o un vertido o emisión contaminante de modo directo o indirecto"¹⁰⁴¹.

En segundo lugar, debemos referirnos a los términos «directa» e «indirectamente», los cuales, según BLANCO LOZANO, hacen “más vaga la delimitación típica de la conducta”¹⁰⁴². También podemos encontrar opiniones totalmente diferentes, en las se considera, incluso, que estas expresiones abren la posibilidad de formas de comisión por omisión¹⁰⁴³. Bajo este planteamiento, MUÑOZ

¹⁰⁴¹ En el mismo sentido, SSTs 105/1999 de 27 de enero, RJ 1999/826; 96/2002 de 30 de enero, RJ 2002/3065.

¹⁰⁴² A juicio de este autor, se da paso “a todo género de inseguridades e imprecisiones. Así, por ejemplo, pueden surgir sustanciales dudas en torno a la concreción de la conducta de provocar indirectamente, de clara vocación expansiva, y que, por tanto, exige una siempre dificultosa – por el propio límite que supone el texto legal– interpretación restrictiva conforme a los postulados generales fundamentados de la responsabilidad penal al efecto establecidos en el Código”. BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de derecho penal español...*, ob. cit., p.p. 275-276.

¹⁰⁴³ Podemos encontrar Jurisprudencia en este sentido, como la STS de 30 diciembre de 2008, RJ 2009/1380, que mantiene que “aunque de la redacción legal parece desprenderse la necesidad de una forma activa de comportamiento, también está incluida en el tipo la comisión por omisión, es decir dejar que se produzca la emisión o vertido o no evitarla o no poner los medios para impedirlo. En este sentido la STS 105/99 de 27.1 (RJ 1999, 826) ha señalado «La conducta, pese a la forma activa de las locuciones verbales descritas, alcanza sin duda a la comisión por omisión, cuando el sujeto deja, tolera, permite en suma, que se produzca un vertido y no pone los medios para impedirlo». En el mismo sentido, la STS 96/2002 de 30 enero RJ 2002/3065, considera que “la conducta, pese a la forma activa de las locuciones verbales descritas, alcanza sin duda a la comisión por omisión, cuando el sujeto deja, tolera, permite en suma, que se produzca un vertido y no pone los medios para impedirlo”. La STS de 30 de noviembre 1990, RJ 1990/9269, sostiene que “la lesión del bien jurídico no se produce de manera instantánea por la mera emisión, en un solo día o semana, de humos con exceso de contaminantes, sino por la persistente y continuada decisión de quien, teniendo el deber de control de las fuentes del riesgo que estaban bajo su responsabilidad y dominio directo, se debió situar en una situación de garante para que el peligro para las personas, animales o cosas no hubiera llegado a producirse. Nos encontramos ante una modalidad comisiva que no se agota, desde un punto de vista naturalístico, en el período de tiempo abarcado por la sentencia sino que se continúa y perpetúa durante todo el tiempo en que se permanezca en esa situación. El procesado en ningún momento puso en marcha los mecanismos necesarios para interrumpir la emisión contaminante o reducir su intensidad a módulos tolerados por el entorno afectado, instalando aparatos correctores”. También la STC 62/1994, de 28 de febrero, manifiesta que “a pesar de que en el relato de hechos probados existe una cierta sucesión de referencias a sujetos no determinados, al punto que sustancialmente interesa para la valoración constitucional de la

CONDE señala que “la referencia a la provocación «directa o indirecta» de las emisiones o vertidos permite incluir sin problemas, al menos en relación a determinadas conductas, la comisión por omisión”¹⁰⁴⁴. También MORILLAS CUEVA valora que “la cita expresa que el legislador hace a la provocación o realización directa o indirecta posibilita la aceptación de la conducta comisivo-omisiva, sobre todo para algunas de las formas indicadas, con la necesidad de que el sujeto esté en situación de garante”¹⁰⁴⁵. ACALE SÁNCHEZ entiende que “los verbos nucleares de la figura delictiva examinada suavizan considerablemente los problemas relativos a la admisión de la comisión por omisión”¹⁰⁴⁶. De igual forma, MATELLANES RODRÍGUEZ opina que se “permite dar

presunción de inocencia del condenado se llega a través de una prueba de indicios explicados y razonados, teniendo en cuenta que no se afirma (ni por tanto se condena) una responsabilidad dolosa, sino culposa del Director de la fábrica, lo cual, siguiendo el análisis que el Tribunal juzgador allí formula, *tuvo lugar por omisión de ciertas exigencias técnicas en cuanto a la empresa y de la vigilancia debida en cuanto a las circunstancias que podían determinar la apertura de las válvulas y al hecho mismo de su apertura*. Señala, así, la sentencia que aun recogiendo de las tres versiones posibles antes citadas (o sea, la de que se abriesen dichas válvulas por iniciativa propia del agente, por cumplimiento de órdenes genéricas, o atendiendo a órdenes concretas) la más beneficiosa para el inculpado, no queda excluida su responsabilidad, pues aun no debiendo ignorar la posibilidad de una actuación así, no habría hecho lo necesario para eliminarla, lo cual estaba a su alcance, puesto que la válvula estaba situada en una caseta cerrada y por tanto controlable; por otra parte, el acusado, aun desconociendo la composición química del agua del embalse de la fábrica, porque no se habían instalado medidores automáticos, *no adoptó las medidas necesarias para que «no se procediera bajo ningún concepto a la apertura de las válvulas de desagüe y por tanto al vertido de aguas incontroladas*. Es decir, que comprobado el vertido y sus consecuencias dañosas por pruebas directas en las cuales no podemos entrar por ser su apreciación competencia exclusiva del Tribunal que dictó la sentencia penal, en ésta se valoraron explícitamente las inferencias derivadas de los indicios comprobados (apertura de los desagües, situados en una caseta cerrada, por persona no determinada) hasta concluir mediante un proceso de inferencias que debe considerarse razonable, en la responsabilidad del acusado por omisión de la diligencia que le era exigible para evitar unas consecuencias como las que se produjeron, al menos impidiendo que nadie sin su autorización tuviese acceso al citado lugar cerrado donde estaban instaladas las válvulas de desagüe. Proceso de inferencias que razonablemente da respuesta también al nexo causal entre la omisión del Director y las consecuencias del vertido”.

¹⁰⁴⁴ A juicio de este autor, es “lo que sucederá cuando se deja que se produzca, no se evita o no se ponen los medios necesarios para impedir las emisiones, vertidos o radiaciones que pudieran producirse, por ej., por una avería o un escape, incluso fortuito, de gases, líquidos, etc.” (MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, ob. cit., p.p. 592-593); MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 257.

¹⁰⁴⁵ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Las diversas variables de la protección penal del agua...”, ob. cit., p.p. 63-64. “Parece que la intención del legislador es abarcar a alguno de los resultados que se citan (emisiones, vertidos, etc.), incluyendo la comisión por omisión” (DE MIGUEL PERALES, Carlos, *Derecho español del medio ambiente...*, ob. cit., p.p. 276-277).

¹⁰⁴⁶ A juicio de esta autora, “sin duda, resultan equiparables los comportamientos de abrir la espita del líquido contaminante, y de no cerrarla una vez abierta cuando se tenga la obligación

entrada a formas de comisión omisivas, lo cual viene corroborado por la referencia a la actuación «directa o indirecta». Por su parte, la posibilidad de comisión omisiva requiere la localización de una posición de garante en el sujeto activo conforme a los términos del artículo 11 del Código Penal, que normalmente será la de la creación de una situación de riesgo previa”¹⁰⁴⁷.

Sobre la utilización de la posición de garante en la comisión por omisión, LÓPEZ CANDELA estima que “sólo es aplicable a los delitos de resultado”; además sostiene que en el Derecho administrativo “a diferencia del Derecho penal la posición de garante es explicable y aplicable, aún en situaciones de producción de un riesgo y no de un resultado antijurídico concreto. En efecto, si quien ocupaba por la norma medioambiental una posición de garante no ha impedido que se desencadene una situación de riesgo medioambiental, aunque sea imputable de forma directa a un tercero, también puede responder en vía administrativa de dicha conducta ilícita”¹⁰⁴⁸.

de actuar, esto es, cuando se sea garante del bien jurídico, omitiendo la acción que espera el ordenamiento jurídico”. ACALE SÁNCHEZ, María, “Delitos contra los recursos naturales y...”, ob. cit., p.p. 305-306.

¹⁰⁴⁷ MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 62; QUERALT JIMÉNEZ sostiene que la comisión por omisión “puede ser un modo de cometer este delito, por quien no es directamente el agente contaminador, pero que domina el curso de la contaminación y no pone remedio al mismo, pudiendo hacerlo, o, como mínimo, empezar a intentarlo... la posición de garante de los munícipes viene determinada por la normativa legal en materia local” (QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial...*, ob. cit., p. 931); BLANCO LOZANO señala que en este delito cabe “la posibilidad de la comisión por omisión u omisión impropia, fundamentalmente a través del expediente de la posición de garante... nos hallamos ante estructuras de delito de resultado, siendo dicho resultado la producción de un concreto peligro. No debe, consecuentemente, pasarse por alto el hecho de que puede llegarse a castigar una omisión de la conducta debida aun cuando dicha omisión ni siquiera llegue a generar resultados lesivo-materiales más allá de la mera puesta en peligro de los bienes aludidos” (BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de derecho penal español...*, ob. cit., p.p. 283-284). En este sentido véanse, también, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y...”, ob. cit., p. 927; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “El delito ecológico...”, ob. cit., p. 303; MENDO ESTRELLA, Álvaro, “La responsabilidad de superiores en el delito ecológico...”, ob. cit., p. 44; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente...*, ob. cit., p. 39; OLMEDO CARDENETE, Miguel, “Delitos sobre la ordenación del territorio y...”, ob. cit., p.p. 735-736; PERIS RIERA, Jaime Miguel, “Tutela penal del agua”, en *Derecho de...*, ob. cit., p. 966; PERIS RIERA, Jaime Miguel, “Tutela penal del agua”, en *La tutela...*, ob. cit., p. 29.

¹⁰⁴⁸ LÓPEZ CANDELA, Javier, “La posición de garante en el Derecho medio ambiental”, en *Incidencia medioambiental y Derecho sancionador*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p.p. 181 y 191.

6.3.5.3. La creación de una situación de peligro grave para el equilibrio de los sistemas naturales

La forma de contaminación de las aguas en el delito ecológico requiere que se “provoque o realice directa o indirectamente vertidos...”, acciones que por sí, no son suficientes para fundar la imputación del delito, ya que las normas ambientales permiten cierta cantidad de contaminantes, esto es, el «riesgo permitido» por la norma¹⁰⁴⁹. Por ello, se exige un plus de peligrosidad, el cual viene dado por la *puesta en peligro grave al equilibrio de los sistemas naturales*¹⁰⁵⁰, y es que, siguiendo uno de los pilares básicos del Derecho ambiental, la prevención, la barrera de protección se adelanta, anticipándose a la existencia de una lesión del bien jurídico, encontrándonos claramente ante un delito de peligro¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁹ “Con el progreso social y técnico se ha elevado considerablemente el número de aquellas actividades que son, a la vez, peligrosas e imprescindibles. Así, por ejemplo, la explotación de minas exige anualmente numerosas vidas humanas. «El peligro es hoy en día no un estado anormal, sino uno normal». La realización de una acción peligrosa no es siempre... algo prohibido: «Cuanto más imprescindible sea una acción en sentido jurídico, mayor será el peligro que estará permitido correr sin desaprobación jurídica». Sin embargo, el agente sólo se puede beneficiar de este motivo de justificación del riesgo permitido cuando han sido tomadas todas las medidas de cuidado para proteger los bienes jurídicos amenazados por las actividades peligrosas, es decir: cuando se ha observado la diligencia exigida en el tráfico” (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2007, p.p. 50-51); ESTEVE PARDO, José, “Convivir con el riesgo. La determinación del riesgo permitido”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Editores Esteban Pérez Alonso y Otros, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p.p. 276 y ss; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “¿Quién debe responder de los ilícitos medioambientales? ...”, ob. cit., p. 145; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente...*, ob. cit., p. 20; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “El delito ecológico...”, ob. cit., p.p. 297-298; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “La accesoriadad administrativa de la tipicidad penal...”, ob. cit., p. 621.

¹⁰⁵⁰ Puede resaltarse la opinión de MARQUÈS I BANQUÉ, quien entiende que se produce un desvalor de resultado de doble contenido, debido a que existe una “realización de una lesión al ambiente a través de un acto de contaminación del cual posteriormente debe predicarse el potencial perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales”, es decir, “el tipo penal es un delito de resultado doble, por un lado, de lesión y, por otro, de peligro” (MARQUÈS I BANQUÉ, María, “De los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p. 720). De misma opinión, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente...*, ob. cit., p. 100; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p. 61; ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen, *El delito de contaminación ambiental. Artículo 325.1 del Código penal*, Ed. Comares, Granada, 2004, p. 61.

¹⁰⁵¹ “Si el Derecho penal solo interviniera en los casos que se produjera ésta [contaminación], quizás se estaría retrasando la intervención a un momento demasiado tardío, en le que los daños

En efecto, es prácticamente inobjetable la valoración del delito medioambiental como un delito de peligro¹⁰⁵², pero el problema surge de la contraposición de opiniones en cuanto al tipo de peligro que representa, existiendo opiniones sustancialmente divididas. Y es que un sector de la doctrina ha entendido que se trata de peligro

al medio ambiente serían irreversibles, topándose —al paso— con el inconveniente que se produciría con la mensuración en sede de tipicidad de la capacidad de regeneración natural de los recursos naturales afectados. Sobre todo porque... desde el punto de vista de la afectación al bien jurídico protegido se va a estar ante delitos de peligro” (ACALE SÁNCHEZ, María, “Delitos contra los recursos naturales y...”, ob. cit., p. 305); SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente...*, ob. cit., p. 34; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p.p. 112-113; MARQUÈS I BANQUÉ, María, “De los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p. 722; TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a, “Protección penal del medio ambiente. Jurisprudencia...”, ob. cit., p.375; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio, *Los delitos relativos a la protección...*, ob. cit., p.p. 68-69; ALMELA VICH, Carlos, “El medio ambiente y su protección penal”, en *Actualidad penal*, 1998-1, p. 32; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Actualidad penal*, 1998-1, p. 293; CASSOLA PEREZUTTI, Gustavo, *Medio ambiente y Derecho penal*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2005, p. 25; MORALES PRATS, Fermín, “La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley penal en blanco y concepto de peligro”, en *Estudios jurídicos. En memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, V. II, Universidad de Valencia, Valencia, 1997, p. 486; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, “El principio de lesividad y el delito ecológico”, en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1425; BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de derecho penal español...*, ob. cit., p. 284; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p. 153; PERIS RIERA, Jaime Miguel, “Tutela penal del agua”, en *Derecho de...*, ob. cit., p. 966; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis/OTROS, *Código penal. Comentado y con jurisprudencia*, 3^a ed., Ed. La Ley, Madrid, 2009, p.1081; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código penal comentado*, T. II, Ed. Bosch, Barcelona, 2004, p. 990; MESTRE DELGADO, Esteban, “Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en *Derecho penal. Parte especial*, Coord. Carmen Lamarca Pérez, Ed. Colex, 6^a ed., Madrid, 2011, p. 468; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “Derecho penal del medio ambiente”..., ob. cit., p. 295; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, *La protección jurídico-penal...*, ob. cit., p. 111; DE MIGUEL PERALES, Carlos, *Derecho español del medio ambiente...*, ob. cit., p. 278.

¹⁰⁵² Una curiosa valoración es la que hace DE LA CUESTA AGUADO, que aunque entiende que “no es necesario que se constate la lesión o puesta en peligro de concretos objetos medioambientales... lo que invita a pensar que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto”, estima que “se trata de un delito de resultado lesivo, pues es la lesión o grave menoscabo del medio ambiente la causa de las lesiones o muertes” (DE LA CUESTA AGUADO, María Paz, “De los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p.p. 732-733). De igual forma, PUENTE ABA considera que es necesario “determinar la relación de causalidad entre la conducta concreta y el concreto resultado físico-natural producido”, entendiendo así que nos encontramos ante un delito de resultado (PUENTE ABA, Luz María, “Art. 325”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en Código penal y la legislación especial*, Dir. Patricia Faraldo Cabana, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 239).

concreto; otro, por el contrario, ha mantenido que debe ser valorado como un delito de peligro abstracto, e incluso otro sector, que ahora se encuentra en auge, de peligro hipotético (a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto).

A) *Peligro concreto*

La contemplación del delito medioambiental como un delito de *peligro concreto* se ha reducido considerablemente, y es que si bien, con el artículo 347bis del antiguo Código, la doctrina mayoritaria e incluso la Jurisprudencia, tendían a calificarlo en este sentido, actualmente es una posición prácticamente abandonada, aunque todavía hay quien defiende esta postura¹⁰⁵³. Es el caso de MORILLAS CUEVA, quien afirma que esta es la calificación más adecuada para el equilibrio de los sistemas naturales, y entiende que si no se da esta clase de peligro “deriva la conducta al ámbito administrativo”¹⁰⁵⁴. En el mismo sentido se manifiesta QUERALT JIMÉNEZ, quien incluso afirma que se “requiere la existencia de uno grave (peligro) para una serie de bienes jurídicos... No basta, pues, cualquier peligro concreto, sino uno grave”¹⁰⁵⁵. También, PERIS RIERA considera que el artículo 325 está configurado como un delito de peligro concreto “que requiere un resultado, esto es, la creación de un riesgo de grave perjuicio que quedará además condicionado por la infracción previa de leyes o disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, en materia de aguas”¹⁰⁵⁶. Otra opinión en esta línea es la de CORCOY BIDASOLO, quien sostiene que se debe exigir que “la contaminación del agua sea imputable objetivamente a la

¹⁰⁵³ GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Ed. Praxis, Barcelona, 1998, p.p. 136-137; ALMELA VICH, Carlos, “El medio ambiente y su protección...”, ob. cit., p. 32; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “Los delitos contra el medio ambiente...”, ob. cit., p. 11; BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de derecho penal español...*, ob. cit., p. 284; DE MIGUEL PERALES, Carlos, *Derecho español del medio ambiente...*, ob. cit., p. 278; MITRE GUERRA, Eduardo José, “La protección del agua a través de la tutela penal. Estudio comparado de Panamá y España”, en *Revista Prospectiva Jurídica*, N° 7, 2013, p. 47.

¹⁰⁵⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Las diversas variables de la protección penal del agua...”, ob. cit., p. 64.

¹⁰⁵⁵ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial...*, ob. cit., p.p. 927-928.

¹⁰⁵⁶ PERIS RIERA, Jaime Miguel, “Tutela penal del agua”, en *Derecho de...*, ob. cit., p. 966; PERIS RIERA, Jaime Miguel, “Tutela penal del agua”, en *La tutela...*, ob. cit., p. 29.

conducta típica y que esa contaminación sea idónea para afectar *ex post* el equilibrio de los sistemas naturales”; dicha autora argumenta su postura exponiendo tres razones: “1º razones de legalidad: el art. 325 requiere esa contaminación a través del requisito *con incidencia*; 2º razones político criminales, puesto que esta postura permite una diferenciación cualitativa respecto de las infracciones administrativas; 3º razones procesales y científicas: la prueba de la incidencia ofrece mayor seguridad jurídica en la valoración del riesgo”¹⁰⁵⁷.

También un sector de la Jurisprudencia ha calificado al delito medioambiental como un delito de *peligro concreto*, y en este sentido podemos citar la STS 2142/1993 de 5 octubre, RJ 1993/7694, la cual, bajo lo establecido por el antiguo artículo 347bis, consideraba que “el delito ecológico es una modalidad de los delitos de peligro concreto cuya consumación se produce por la creación del riesgo mediante la realización de alguna de las actuaciones previstas en el tipo penal mencionado”. Siguiendo este criterio, la STS 1638/1994 de 26 septiembre, RJ 1994/7194, argumenta que “dicha figura de «peligro concreto», exige como uno de sus elementos imprescindibles para su apreciación y consecuente sanción, el objetivo de «resultado», consistente en que los vertidos puedan llegar a «perjudicar gravemente» las condiciones de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles”. Pero inclusive, con la tipificación del delito medioambiental en el artículo 325, la STS 1599/1998 de 16 diciembre, RJ 1998/10088, consideró que se trata de “un delito de peligro concreto, que se consuma cuando se produce la creación del riesgo (STS 26 septiembre 1994 [RJ_1994\7194]), y que exige que se produzca un peligro grave (STC 5 julio 1990 [RTC 1990\127])”. De igual forma, la STS 822/1999 de 19 mayo, RJ 1999/5409, sostiene: «Se trata de una infracción de mera actividad que, mediante las actividades que se describen -que han de poner en peligro grave la salud de las personas o el mundo animal o natural que se indica- devienen en un delito de peligro concreto». En definitiva, estaremos ante un delito de peligro concreto y grave que viene generado causalmente por la conducta del agente y cuya producción debe estar comprendida por la conciencia y la voluntad de éste”. En el mismo sentido, la STS 549/2003 de 14 abril, RJ 2003/4227, manifiesta que “debe acreditarse que como consecuencia de los vertidos se ha producido una situación de peligro concreto y grave para el medio ambiente... Por tanto, las cantidades de estas

¹⁰⁵⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “El delito ecológico..., ob. cit., p. 302.

sustancias que aparecen en el vertido tratado son muy superiores a las legalmente autorizadas y ya «ab initio» podría inferirse de ellas la existencia de un peligro concreto del hábitat natural en que dichos vertidos se han realizado”. No obstante, como veremos a continuación, el TS en ese mismo año comienza a considerar ya en algunas de sus Sentencias las infracciones que estudiamos como delitos de peligro abstracto.

B) Peligro abstracto

Es importante señalar que la Jurisprudencia cambió de criterio y comenzó a decantarse por considerar al delito medioambiental como un *delito de peligro abstracto*. Puede destacarse la STS 52/2003 de 24 febrero, RJ 2003/950, la cual manifestó: “Se ha suscitado discusión doctrinal sobre si se trata de un delito de peligro abstracto o de mera actividad o bien se exige un peligro concreto para las personas o la naturaleza... En orden a la naturaleza del peligro en esta figura delictiva, la jurisprudencia de esta Sala se inclina por considerarla de peligro abstracto. De ello es exponente la Sentencia 1828/2002, de 25 de octubre (RJ 2002, 10461), en la que se declara que en el art. 325 CP incorpora el legislador un planteamiento político-criminal diverso del contenido en la anterior regulación, pues opta por configurar el delito como una infracción de peligro abstracto: así, mientras que en el art. 347 bis eran castigados los actos de vertido «que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles», la actual regulación renuncia a incorporar referencia alguna a la producción de un peligro concreto y extiende la punición a todas las actividades de vertido, emisión, etc., que «que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», previendo una agravación de la pena para aquellos supuestos en los que «el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas». La Ley establece una clara distinción entre aquellos supuestos en los que se estima imprescindible para la ilicitud que el desarrollo de la conducta peligrosa vaya acompañada de la creación de un peligro concreto para el bien jurídico protegido; y aquellos otros en los que basta para la comisión del delito con la realización de la acción peligrosa, y que no requieren la producción de un resultado concreto... Y como ya se ha indicado, al argumento literal debe añadirse el teleológico: la interpretación acogida redundará indudablemente en una mayor eficacia en la protección del medio ambiente, especialmente en los supuestos de

contaminación más graves, en los que resulta difícil, sino imposible, identificar con la certeza que requiere el proceso penal el origen de la contaminación cuando se trata de zonas sometidas a una intensa agresión, pues los delitos de peligro abstracto no exigen para su consumación la producción de un verdadero resultado de peligro como elemento del tipo objetivo, sino únicamente la comprobación del carácter peligroso de la acción. En cualquier caso, no debe perderse de vista que si bien la configuración del delito contra el medio ambiente del art. 325 CP permite eludir, en cierta manera, los problemas de causalidad, sí que resultará imprescindible la rigurosa comprobación de que la conducta desarrollada ha resultado adecuada e idónea para poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales (cfr. STS de 3 de abril de 1995 [RJ 1995, 2808])¹⁰⁵⁸.

En este sentido, la doctrina también comenzó a cambiar la postura sobre el delito medioambiental, considerándolo de *peligro abstracto*¹⁰⁵⁹. Así, TERRADILLOS BASOCO entiende que el delito previsto en el artículo 325 “se inclina por prescindir del peligro concreto..., y se decanta por los delitos de peligro abstracto”, ya que “no se precisa la identificación de los concretos objetos afectados, sino la idoneidad para afectarlos del comportamiento examinado. Idoneidad, por cierto, que es algo más que la mera susceptibilidad del perjuicio”¹⁰⁶⁰. También MARQUÈS I BANQUÉ estima que la

¹⁰⁵⁸ En esta línea véanse, también, SSTS 1828/2002 de 25 octubre, RJ 2002/10461; 1411/2003 de 25 octubre, RJ 2003/7571; 1148/2004 de 25 mayo, RJ 2004/4166; 940/2004 de 22 julio, RJ 2004/7294.

¹⁰⁵⁹ BACIGALUPO, Enrique, “La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente”, en *Estudios penales y criminológicos*, V, 1982, p. 203); CANOSA USERA, Raúl, *Constitución y medio...*, ob. cit., p. 157; DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa...*, ob. cit., p. 104; GRANADOS PÉREZ, Carlos, “La contaminación acústica como modalidad de delito contra el medio ambiente”, en *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, T. II, Ed. Marcial pons, Madrid, 2004, p. 980; SANTA CECILIA GARCÍA, Fernando, “Delitos contra los recursos naturales y medioambiente”..., ob. cit., p. 919; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España”, en *Derecho y medio ambiente*, CEOTMA, Madrid, 1981, p. 254; VARELA AGRELO, José Antonio, “Imprudencia y medio ambiente: dificultades y soluciones...”, ob. cit., p.p. 75-77; URRAZA ABAD, Jesús, *Delitos contra los recursos naturales y...*, ob. cit., p. 233.

¹⁰⁶⁰ Para el autor, “donde efectivamente hay peligro típico, éste puede proyectarse sobre un ámbito determinado de objetos en los que el bien jurídico se materializa, y entonces procederá hablar de peligro concreto, reservando la denominación de peligro abstracto para los casos en que no se precisa la concreción de ese objeto”. TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a, “Protección penal del medio ambiente. Jurisprudencia...”, ob. cit., p. 379; TERRADILLOS

configuración del artículo 325 obliga “no tanto a acreditar la existencia del peligro, sino la idoneidad de ese acto de contaminación para poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales en el contexto fáctico concreto en que se produce”¹⁰⁶¹.

ALASTUEY DOBÓN opina que se trata de la tipificación más adecuada “dada la dificultad o imposibilidad de determinar en estos casos cuándo se ha lesionado el bien jurídico y, en caso de poderse detectar un perjuicio, por los problemas de imputación de ese resultado a una conducta concreta, pues normalmente un acto individual no causa por sí solo el perjuicio, sino que éste es consecuencia de la reiteración de acciones de esas características”¹⁰⁶². De igual forma, CASSOLA PEREZUTTI opina que “la tipificación como delito abstracto sortearía las dificultades de determinar cuando se ha lesionado el bien jurídico y detectado el perjuicio, los problemas que se darían en cuanto a la imputación del resultado a una conducta determinada, ya que un mero acto individual tal vez no sea el causante *per se* del perjuicio, sino que dicho perjuicio podría ser consecuencia de la reiteración de acciones de esas características”¹⁰⁶³. Para MENDOZA BUERGO el delito ambiental se debe tipificar como un delito de peligro abstracto, debido a que se tiene “anticipar a estadios más tempranos la tutela penal, como también las dificultades asociadas a la utilización de tipos de peligro concreto, de modo especial las ligas a la prueba de la relación de causalidad entre la conducta aislada

BASOCO, Juan M^a, “Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código penal español. Luces y sombras”, en *Estudios penales y criminológicos*, XIX, 1996, p.p. 318-319.

¹⁰⁶¹ MARQUÈS I BANQUÉ, María, “De los delitos contra los recursos naturales..., ob. cit., p.p. 722-723.

¹⁰⁶² La autora estima que si bien tradicionalmente “a los delitos de peligro abstracto se les ha catalogado como de simple actividad, cada vez con mayor frecuencia se pone de manifiesto y se reconoce la presencia en algunos delitos de peligro abstracto de un resultado material que no implica la aparición de un resultado valorativo –desvalor de resultado: lesión o puesta en peligro de un bien jurídico–, por no recaer aquél sobre el objeto material del bien jurídico, sino un objeto distinto”. ALASTUEY DOBÓN, M^a Carmen, “Delito ecológico y aguas continentales” en *Diccionario de Derecho de Aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p.p. 497-500.

¹⁰⁶³ El autor no duda en considerar a los delitos medioambientales como delitos de peligro abstracto, “ya que el bien jurídico protegido es en definitiva el equilibrio de los sistemas naturales, y no puramente el elemento agua, aire, suelo, etc.; así como determinadas cualidades de estos medios; no pudiendo en su mérito exigirse un resultado de lesión o de peligro para el bien jurídico. Se trata, por ende, de un delito específico de aptitud para producir un daño”. CASSOLA PEREZUTTI, Gustavo, *Medio ambiente y Derecho penal...*, ob. cit., p. 27.

individual y la producción de un peligro concreto”¹⁰⁶⁴. De esta manera, MORALES PRATS considera que mediante el peligro abstracto se “facilita la prevención y represión penal (entre otras razones por descargar la carga de la prueba) de las conductas. En particular, el empleo de la estructura típica de peligro abstracto releva de la necesidad de probar la concreta peligrosidad de la acción; la creación de un estado concreto de peligro ulterior a la acción constituirá una exigencia ajena al tipo penal. La tipicidad quedaría perfeccionada con la mera subsunción formal de la conducta en el precepto, pues éste, “*ex lege*”, de modo general y abstracto, presume de forma absoluta (“*iuris et de iure*”) en función de datos de la experiencia que una determinada categoría de conductas son peligrosas a los efectos penales”¹⁰⁶⁵. También en esta línea señala MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS que “los preceptos que recogen un peligro abstracto cumplen mejor la finalidad de prevención general, pues son más fácilmente identificables por el individuo que ve cómo la sanción está ligada exclusivamente al comportamiento que el sujeto ha podido dominar y controlar y no depende de otros factores generalmente casuales”¹⁰⁶⁶.

C) Peligro hipotético

Pero el criterio de la doctrina y la Jurisprudencia ha vuelto a cambiar, pues actualmente, se comienza a calificar al delito medioambiental como un delito de *peligro hipotético* o *peligro concreto-abstracto*¹⁰⁶⁷, obteniendo esta postura un amplio respaldo.

¹⁰⁶⁴ MENDOZA BUERGO, Blanca, “El delito ecológico y sus técnicas de tipificación”, en *Actualidad penal*, 2002-1, p. 303.

¹⁰⁶⁵ MORALES PRATS, Fermín, “La estructura del delito de contaminación ambiental...”, ob. cit., p.p. 486-487.

¹⁰⁶⁶ MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio, *Los delitos relativos a la protección...*, ob. cit., p. 70.

¹⁰⁶⁷ En este sentido, véanse SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p. 158; OLMEDO CARDENETE, Miguel, “Delitos sobre la ordenación del territorio y...”, ob. cit., p. 733; HAVA GARCÍA, Esther, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Derecho penal español. Parte especial*, T. II, Dir. Javier Álvarez García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 1046; SÁNCHEZ MELGAR, Julián, “La jurisprudencia penal en materia medioambiental”..., ob. cit., p.p. 74-75; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código penal comentado*, T. II..., ob. cit., p. 990; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p.p.114-115; CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal*.

En este sentido, MUÑOZ CONDE entiende que nos encontramos ante un delito de peligro hipotético, “a medio camino entre los delitos de peligro abstracto y concreto, en el que, si bien no es necesario demostrar una situación de peligrosidad concreta, la conducta debe presentar, al menos, una aptitud lesiva que la cualifique frente a las simples infracciones administrativas”¹⁰⁶⁸. En esta línea de pensamiento también se encuentra MATELLANES RODRÍGUEZ, quien sostiene que la consideración del delito medioambiental como un delito de peligro hipotético conlleva algunas ventajas sobre su consideración como concreto o abstracto: “respecto a los primeros, tiene la virtualidad de facilidad probatoria. No hay que probar la causalidad entre la acción contaminante y la inminencia concreta de lesión. Respecto a los segundos, tiene la ventaja de evitar la confusión entre las infracciones penales y las administrativas, ya que la sola contravención de la normativa administrativa no significa que estemos ya ante el

Parte especial, Ed. Bosch, Barcelona, 2010, p. 391; GÓMEZ LANZ, Francisco Javier, “Relevancia penal de las nuevas formas de contaminación atmosférica”..., ob. cit., p. 159; DE LA CUESTA AGUADO, María Paz, “De los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p. 731; también véase TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Los delitos de peligro hipotético”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, N° 35, Fascículo III, 1981, p.p. 825 y ss; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, “Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial”, en *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 797; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “Derecho penal del medio ambiente”..., ob. cit., p. 296.

¹⁰⁶⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*..., ob. cit., p.p. 593-594. “El principio de intervención mínima impone una segunda limitación al tipo, exigiéndole, para que la conducta realizada sea típica, que pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales (tipo básico), añadiéndose una cualificación si el riesgo de grave perjuicio fuera para la salud de las personas (art. 325, in fine). En los delitos de peligro hipotético el legislador no prevé indicios de peligrosidad, pero la acción típica, en general peligrosa, ha de ser *idónea* en el caso concreto para crear una situación de riesgo que, sin embargo, no tiene que ser constatada. Y si en el caso concreto no es así, aunque se hayan infringido las disposiciones administrativas sobre la materia, no se puede condenar” (MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental*..., ob. cit., p.p. 262-263). Como consecuencia de la expansión del Derecho penal, el mismo se “utiliza como un instrumento de intervención en sectores tradicionalmente alejados del Derecho penal, pero que cada vez son más importantes en las sociedades modernas, como el medio ambiente, la salud pública o la economía. Y para hacer más eficaz esa intervención se recurre a instrumentos como los delitos de peligro hipotético, cuyo supuesto de hecho describe una «aptitud» o «idoneidad» de la acción típica para producir resultados lesivos o incluso catastróficos (por ejemplo, arts. 364.1 y 365), y a técnicas legislativas como la norma penal en blanco, hasta el punto de que incluso prescindiendo de la idea de peligro ya la infracción de una norma extrapenal (generalmente una de carácter reglamentario administrativo) es constitutiva de delito (por ejemplo, art. 364.2.4º)” (MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Tirant lo blanch, 8ª ed., Valencia, 2010, p. 303).

delito”¹⁰⁶⁹. De igual forma, SUÁREZ GONZÁLEZ mantiene que nos encontramos ante un delito de peligro hipotético “cuya concurrencia requiere una doble constatación por parte del juzgador, lo que en muchas ocasiones no resultará fácil: a) que el comportamiento entraña un *riesgo de perjuicio* y b) que el perjuicio que se puede irrogar es *grave*”¹⁰⁷⁰. También DE LA CUESTA ARZAMENDI considera que el artículo 325 cuando exige “un perjuicio potencial grave”, alude a un peligro hipotético para el equilibrio de los sistemas naturales¹⁰⁷¹. En este sentido, la apreciación que hace ALONSO ÁLAMO es singular, ya que opina que nos encontramos ante un “delito de peligro abstracto no puro o, más específicamente, a un delito de peligro hipotético”¹⁰⁷².

En cuanto a la Jurisprudencia, comienza a establecer “como más acertado considerarlo como de peligro hipotético”, como señala la STS 1664/2002 de 28 de marzo, RJ 2003/4069, “a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto”. Así lo expone la STS 388/2003 de 1 de abril, RJ 2003/4062, que además sostiene que “en estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro... En lo que se refiere al delito ecológico, la reiterada calificación jurisprudencial como delito de peligro concreto tenía la finalidad de poner de relieve la necesaria distinción entre el tipo delictivo y las infracciones administrativas correlativas, destacando para ello que el delito ecológico no podía configurarse como delito de peligro abstracto «stricto sensu». Ha de tenerse en cuenta

¹⁰⁶⁹ MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p. 115.

¹⁰⁷⁰ SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y...”, ob. cit., p. 928.

¹⁰⁷¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p. 294; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Cuestiones relativas al delito de contaminación...”, ob. cit., p. 33.

¹⁰⁷² En “el que el peligro no aparece incorporado al tipo pero sí se requiere que la acción sea, al menos, apropiada o idónea para producir un peligro real para el bien jurídico”. ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Trama de la vida y protección penal del ambiente”, en *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 83.

que cuando esta configuración jurisprudencial se inició y conformó, la categoría intermedia de los delitos de peligro hipotético no se encontraba todavía plenamente consolidada en la doctrina penal española. Pero, como ha señalado acertadamente esta doctrina, aunque nuestra jurisprudencia haya calificado formalmente hasta fecha reciente esta modalidad delictiva como de peligro concreto, en realidad los criterios utilizados para determinar la concurrencia del peligro en el delito ecológico eran desde hace tiempo más propios de los delitos de peligro hipotético o potencial que de los delitos de peligro concreto, en sentido estricto. Lo cierto es que el tenor literal de la norma no expresa la exigencia de un peligro concreto, y que la estructura del tipo tampoco lo exige, por lo que debemos concluir que nos encontramos ante una figura delictiva de peligro hipotético o potencial”¹⁰⁷³.

6.3.5.4. Toma de postura

Desde nuestra perspectiva, los dos verbos típicos nucleares «realizar» y «provocar» se están utilizando como sinónimos, en el sentido causar, originar, producir u ocasionar cualquiera de las formas de contaminación (vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, inyecciones o depósitos, captaciones de aguas). De ahí que posteriormente se aclare que puede hacerse de forma «directa» o «indirecta», es decir, si la «realización» fuera solo «directa», no se diría posteriormente en el artículo que puede ser «indirecta»¹⁰⁷⁴.

Además, entendemos que el delito medioambiental debe considerarse como un *delito de peligro abstracto*, de mera actividad e idoneidad *ex ante*, debido a varias razones. En primer lugar, el artículo 325 no lo recoge expresamente como de peligro concreto, como es usual en este tipo de delitos, por ejemplo, en los delitos de tráfico (el que ponga en peligro concreto...), y es que tenemos que tener en cuenta que en los

¹⁰⁷³ En este sentido, véanse las SSTs 1148/2004 de 25 mayo, RJ 2004/4166; 1252/2004 de 2 noviembre, RJ 2004/7220; 81/2008 de 13 febrero, RJ 2008/2973; 141/2008 de 8 abril, RJ 2008/1852; de 2 marzo 2012, RJ 2012/669.

¹⁰⁷⁴ Conviene aquí hacer una aclaración, y es que no debe confundirse con las modalidades de los vertidos, directos e indirectos, puesto que el Código penal no contempla dicha diferenciación. Con la simple mención de la actividad se abarcan las dos formas, siendo la norma administrativa la que se encarga de realizar dicha distinción.

delitos de peligro concreto el mismo peligro se vuelve un requisito del tipo, mientras que en los delitos de peligro abstracto los bienes jurídicos protegidos no son mencionados en el tipo, sino que se establecen como el motivo para concebirlo como precepto penal¹⁰⁷⁵. En este sentido podemos citar la STS 52/2003, de 24 febrero, RJ 2003/950, que sostiene que “la Ley establece una clara distinción entre aquellos supuestos en los que se estima imprescindible para la ilicitud que el desarrollo de la conducta peligrosa vaya acompañada de la creación de un peligro concreto para el bien jurídico protegido; y aquellos otros en los que basta para la comisión del delito con la realización de la acción peligrosa, y que no requieren la producción de un resultado concreto. En los primeros define con claridad el supuesto de peligro que debe ser creado por la acción (por ejemplo, en el art. 362 CP); mientras que en los segundos se limita a caracterizar el comportamiento potencialmente peligroso «que puedan perjudicar gravemente» (art. 325 CP) o «que genere riesgo»¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷⁵ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I...*, ob. cit., p. 60. Como señala GÓMEZ PAVÓN, los tipos de peligro surgen para intentar “adelantar las barreras de protección penal, no esperando la producción de la lesión para sancionar la conducta”. Por lo tanto, el delito de peligro no espera a “la lesión o destrucción del bien jurídico, incriminando conductas que, con base en el conocimiento o experiencia, se consideran adecuadas para producir el resultado dañoso”. Dicha autora configura las situaciones penalmente peligrosas con dos elementos: “1º Una probabilidad, o aceptamos en principio posibilidad de producción del resultado temido. 2º Carácter dañoso de tal resultado, que deberá ser para uno de los bienes considerados dignos de protección jurídica”. Para los delitos de peligro concreto, se considera que “forma parte del tipo, siendo necesaria la demostración, en cada caso, de la efectiva puesta en peligro del bien jurídico, sancionándose su realización en el supuesto de que realmente se produzca peligro”. En el caso de los delitos de peligro abstracto, “éste no pertenece a las características del tipo. Se presume que la situación es peligrosa en sí misma, sin que sea preciso demostrarlo en el caso concreto”; en ellos el legislador tendrá que partir de datos concretos, estadísticos y empíricos, en los cuales se demuestre que la conducta resulta peligrosa la mayoría de las veces, y por lo tanto se incrimina dicha conducta. (GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, 4ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 2010, p.p. 114-115 y 124-125). “La diferencia terminológica entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto debe medirse desde el punto de vista de la diferencia entre peligro (término vinculado al resultado) y peligrosidad (término vinculado a la acción) a fin de establecer la denominación de delitos de peligro, referidos exclusivamente a los delitos de peligro concreto, adoptándose la denominación de delitos de peligrosidad, referenciados a los delitos de peligro abstracto” (CASSOLA PEREZUTTI, Gustavo, *Medio ambiente y Derecho penal...*, ob. cit., p. 26).

¹⁰⁷⁶ Cabe recoger la diferenciación que realiza MATA Y MARTÍN sobre los delitos de peligro concreto y abstracto: los primeros “van a exigir una efectiva puesta en riesgo del bien tutelado, puesto que tal situación de peligro es un elemento recogido expresamente en el tipo penal. Por ello, puesto que el Juez o Tribunal penal debe verificar todos los elementos requeridos por el tipo penal, para poder calificar la conducta como delito, también ese riesgo para el bien jurídico –como uno de los componentes del hecho punible– debe ser objeto de comprobación. Es decir, de acuerdo a las circunstancias particulares del hecho enjuiciado debe apreciarse una real presencia de peligro para el bien jurídico. De esta manera, se observa que los delitos de peligro

En segundo lugar, no resulta procedente interpretarlo como un delito de peligro concreto, porque lo colocaría en una situación de prueba prácticamente imposible, además de que estaríamos hablando de una situación en la que la intervención penal se produciría en un momento demasiado tardío, por lo que se debe de adelantar la barrera punitiva, de modo que se eviten daños irreversibles. Por ello, se debe entender que basta con la comprobación de una conducta idónea para afectar el bien jurídico¹⁰⁷⁷. En este sentido, TIEDEMANN estima que los delitos de peligro abstracto “brindan facilidades para su prueba, por cuanto en ellos no es relevante que el daño se haya producido

concreto vienen a exigir la producción de una situación de peligro –constatable– más allá de la conducta misma desarrollada por el autor. Esto es, la acción del sujeto activo debe producir una situación de peligro, aspectos ambos, por tanto, diferenciables, y que nos hace concluir que los delitos de peligro concreto son delitos de resultado, con la que la puesta en peligro concreta del bien jurídico constituye el resultado típico exigido por el delito”. Los segundos “representan únicamente una peligrosidad general de la conducta para el bien jurídico. Esto es, no se exige una real puesta en peligro del bien jurídico, sino que el legislador introduce una presunción de peligrosidad (*iuris et de iure*), basada en una consideración estadística –en la mayoría de los casos comprendidos en la descripción típica existe peligro– pero con la consecuencia de que en el caso concreto puede no estar presente tal peligrosidad, sin que quepa revocar la presunción de peligrosidad. En este segundo grupo de delitos de peligro, el peligro para el bien jurídico no constituye un elemento típico del delito, sino que supone únicamente el motivo del legislador para la incriminación de un determinado comportamiento, o lo que es lo mismo, constituye «parte de las consideraciones racionales que han conducido al establecimiento de la norma». Puesto que el peligro no forma parte del tipo, no es un aspecto que el Juez o Tribunal deba considerar para la afirmación de la presencia del hecho punible, por lo que estos supuestos resultan mucho más fácilmente aplicables al exigir menos condiciones. generalmente, los delitos de peligro abstracto se consideran delitos de mera actividad, puesto que no requieren la creación real de la situación de peligro –mero motivo del legislador– como resultado consumativo del delito” (MATA Y MARTÍN, Ricardo M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Ed. Comares, Granada, 1997, p.p. 52-54). Junto con lo mencionado, también podemos exponer la valoración de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, quien sostiene que en los delitos de peligro concreto “el tipo requiere la concreta puesta en peligro: el peligro concreto es el resultado típico”, mientras que en los delitos de peligro abstracto “se castiga una acción «típicamente peligrosa» o peligrosa «en abstracto» en su peligrosidad típica, sin exigir que en el caso concreto se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido”, en cualquier caso dicha autora entiende como el “criterio diferenciador clave la perspectiva *ex ante* (peligrosidad de la acción) o *ex post* (resultado de peligro) adoptada para evaluar el peligro” (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Ed. UCM, Madrid, 1994, p.p. 14-15); GRANADOS PÉREZ, Carlos, “La contaminación acústica como modalidad de delito..., ob. cit., p. 980.

¹⁰⁷⁷ En un sentido similar, la STS 444/2005 de 11 abril, RJ 2005/3888, que aunque se trata de una Sentencia sobre tráfico de drogas, valora la barrera de protección mediante el peligro abstracto: “El delito contra la salud pública por tráfico ilegal de drogas es un delito de peligro abstracto. Como tal, sanciona conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de lesión”.

efectivamente”¹⁰⁷⁸. Así pues, para la consideración del delito ambiental, DE LA CUESTA ARZAMENDI entiende que sí el tipo es visto como un delito de peligro concreto, llevaría a “restringir injustificadamente el alcance del delito de contaminación” y además, “remitiría la apreciación del tipo penal a supuestos sólo muy extraordinarios: muy próximos a los del riesgo concreto de deterioro irreversible o catastrófico; algo a todas luces inadmisibles”¹⁰⁷⁹. También MORALES PRATS afirma que “si la estructura típica era de peligro concreto, debía de comprobarse una relación de causalidad y una relación normativa de adecuación (imputación objetiva) entre el acto contaminante y el resultado típico (peligro concreto), lo que evidencia la necesidad de cargas probatorias que no pueden ser hurtadas en la fundamentación del fallo judicial condenatorio”¹⁰⁸⁰. En consecuencia, y de acuerdo con estos autores, exigir que el peligro en el delito del artículo 325 CP sea un peligro *concreto* haría prácticamente inaplicable el tipo penal en la mayoría de los casos, debido a que tal exigencia dificultaría la práctica probatoria del mismo (emergiendo así un supuesto de “prueba endiablada” o “imposible”).

En tercer lugar, nos encontramos ante un bien jurídico de carácter colectivo, supraindividual, por lo que debemos de adelantar la barrera punitiva para su correcta protección. Como afirma CEREZO MIR, solamente “los bienes jurídicos colectivos representan realmente una anticipación de la protección penal”¹⁰⁸¹, pero su consideración como delitos de peligro concreto es insatisfactoria, por lo que resulta más eficaz la configuración de delitos de peligro abstracto¹⁰⁸². También lo expresan SILVA

¹⁰⁷⁸ TIEDEMANN, Klaus, *Poder económico y delito*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985, p. 36.

¹⁰⁷⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p.p. 294-295.

¹⁰⁸⁰ MORALES PRATS, Fermín, “El delito de contaminación ambiental: análisis del artículo 325.1 CP...”, ob. cit., p. 1045.

¹⁰⁸¹ Continúa dicho autor, “no es posible dotar a los bienes jurídicos colectivos de un carácter autónomo, de modo que puedan ser objeto de protección penal sin referencia a los bienes jurídicos individuales”. CEREZO MIR, José, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, Nº 10, 2002, p.p. 57-58.

¹⁰⁸² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Thomson-Cívitas, Navarra, 2005, p.p. 308-309. Véase, también, MERINO HERRERA, Joaquín, *Política criminal y delincuencia organizada. Especial consideración del fenómeno terrorista*, Tesis inédita, Universidad Complutense de Madrid, 2010, p. 639.

SÁNCHEZ y MONTANER FERNÁNDEZ, “dada la dificultad de que, con respecto a bienes supraindividuales, se constate un resultado de peligro concreto”¹⁰⁸³. Como afirma ÁLVAREZ GARCÍA, sobre los delitos de peligro abstracto, “hay situaciones en las cuales la utilización de esta fórmula ni se puede evitar por vía interpretativa, ni al Legislador, si quiere proteger eficazmente determinados bienes jurídicos, normalmente de titularidad colectiva (como salud pública, el medio ambiente, etc.), le queda más remedio que acudir a esta clase de estructuras”¹⁰⁸⁴. En este sentido, MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS entiende que “la técnica de legislación del peligro abstracto son especialmente válidas cuando se trata de ofrecer protección penal a bienes de carácter supraindividual”¹⁰⁸⁵. También MORALES PRATS estima que “la estructura de peligro abstracto es la más coherente con las necesidades de protección de un bien jurídico colectivo e institucional como es el medio ambiente”¹⁰⁸⁶. Cabe resaltar la opinión de TIEDEMANN, quien considera que no solamente es la facilidad de la prueba lo que

¹⁰⁸³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente...*, ob. cit., p. 103. Sobre bienes jurídicos supraindividuales véanse, también, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p.p. 247 y ss; MATA Y MARTÍN, Ricardo M., *Bienes jurídicos intermedios...*, ob. cit., p.p. 48 y ss; VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado...*, ob. cit., p. 139; SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, Granada, 2003, p.p. 306 y ss.

¹⁰⁸⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 39. En el mismo sentido, PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix María, “El tipo básico”, en *El delito de tráfico de drogas*, Dir. Fco. Javier Álvarez García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 26.

¹⁰⁸⁵ “Cuando un bien es de interés general y afecta o bien a un grupo de personas o bien a toda la colectividad, el carácter difuso del objeto de tutela dificulta la individualización de las actuaciones que lo lesionan; a lo que se une que, normalmente, estos bienes no resultan lesionados por una conducta individual, sino por la repetición generalizada y frecuente de la misma. Estas consideraciones son particularmente válidas para el medio ambiente. En esta materia, resulta especialmente difícil especificar cuantitativa y cualitativamente los efectos que una conducta ocasiona sobre el medio ambiente, así como búsqueda de la conducta particular a la cual atribuir causalmente la producción de un daño o de un peligro concreto”. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio, *Los delitos relativos a la protección...*, ob. cit., p. 70.

¹⁰⁸⁶ “Esta opción técnico-legislativa –se arguye– facilita la prevención y represión penal (entre otras razones por descargar la carga de la prueba) de las conductas. En particular, el empleo de la estructura típica de peligro abstracto revela de la necesidad de probar la concreta peligrosidad de la acción; la creación de un estado concreto de peligro ulterior a la acción constituirá una exigencia ajena al tipo penal. La tipicidad quedaría perfeccionada con la mera subsunción formal de la conducta en el precepto, pues éste, “ex lege”, de modo general y abstracto, presume de forma absoluta (“iuris et de iure”) en función de datos de la experiencia que una determinada categoría de conductas son peligrosas a los efectos penales”. MORALES PRATS, Fermín, “La estructura del delito de contaminación ambiental...”, ob. cit., p. 486.

debe conducir al uso del peligro abstracto, sino también “la necesidad de proteger intereses jurídicos supraindividuales en relación con los cuales y para cuya efectiva tutela no resulta imaginable otra configuración típica”¹⁰⁸⁷.

En cuarto lugar, tampoco parece predicable para este delito la categoría de peligro hipotético. La calificación del delito medioambiental como un delito de peligro hipotético hace pensar que se trata de una configuración para eludir las barreras dogmáticas y legales que se puedan presentar mediante la configuración como peligro concreto o peligro abstracto, una mezcla en donde todo cabe y todo es posible, y es que, como sostiene TERRADILLOS BASOCO, se ha recurrido al término peligro hipotético para eludir las críticas de presunción de peligro¹⁰⁸⁸, creándose así, una ficción jurídica innecesaria.

Además, habría que señalar que, si bien en los delitos de lesión existe un resultado, algunos autores como GIMBERNAT ORDEIG consideran que también en los delitos de peligro puede entenderse que se pone de manifiesto un determinado *resultado*: “no sólo en lo que aquí llamamos delitos de lesión se produce un resultado: también los delitos de peligro tienen un resultado, a saber, el peligro, en cuanto que sobre la base de un pronóstico *ex ante*... se ha producido un resultado de riesgo para los bienes jurídicos”¹⁰⁸⁹. Ello conduce al autor a desechar la terminología que diferencia entre «delitos de resultado» y de «peligro», y optar por la más precisa que distingue entre «delitos de lesión» y de «peligro», siendo comprensivos ambos de un *desvalor de resultado*. CEREZO MIR también opina que existe un resultado, pero en los delitos de

¹⁰⁸⁷ TIEDEMANN, Klaus, *Poder económico y delito*..., ob. cit., p. 36.

¹⁰⁸⁸ “Así concebidos, los delitos de peligro hipotético encubrirían, de nuevo, una presunción sobre la posibilidad misma de relacionar la conducta con el resultado, deslegitimando la intervención punitiva. En principio, porque lo hipotético, en castellano, hace referencia a una suposición, y las suposiciones no pueden dar lugar a la exigencia de responsabilidad penal. Además, una vez admitido que los delitos de peligro (todos), tienen como común denominador el resultado peligroso, puede, con ventaja, reducirse su catálogo a dos modalidades, concreto y abstracto, eliminando categorías intermedias, como el peligro hipotético –o supuesto–, que sólo tendrían sentido si se siguiera admitiendo la vieja acepción de peligro abstracto como presunción”. TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a, “Protección penal del medio ambiente. Jurisprudencia...”, ob. cit., p.p. 377-379.

¹⁰⁸⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos penales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, p.p. 190-191. También véase, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Ed. EDERSA, Madrid, 1992, p.p. 54 y ss

peligro concreto, mas no en los delitos de peligro abstracto¹⁰⁹⁰. Por ello, mientras que en los delitos de peligro concreto existe un resultado determinado: el resultado de riesgo o peligro para un determinado bien jurídico, en los delitos de peligro abstracto se hace imposible imputar al sujeto activo algo inexistente, el resultado. En este sentido, no todos los delitos tienen como elemento esencial el resultado, puesto que como elemento típico, no es exigido para todos los delitos¹⁰⁹¹. De modo que, entendiéndose el resultado en *stricto sensu*, como efecto separable de la acción y que surge de ella, entonces el resultado al que se refiere el artículo 11 CP (“los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado”) no puede ser aplicable al delito medioambiental, puesto que se trata de un delito de mera actividad y de peligro abstracto, y por ende, no sería

¹⁰⁹⁰ “En los delitos de resultado el tipo acota y describe un resultado material o externo. Desde el punto de vista dogmático hay que incluir también, sin embargo, en el concepto de resultado el simple peligro de un bien jurídico en los delitos de peligro concreto. Se habla de delitos de peligro concreto cuando el peligro del bien jurídico es un elemento del tipo; de modo que el delito queda sólo consumado cuando se ha producido realmente el peligro del bien jurídico. Un delito de peligro concreto, en nuestro Código es el de conducción temeraria del artículo 381 («El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas») y un delito calificado por el resultado concreto, el abandono de un menor de edad o del incapaz «cuando las circunstancias del abandono se haya puestote concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o del incapaz» (art. 229.3). En los delitos de peligro abstracto, el peligro es únicamente la *ratio legis*, es decir, el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva. Se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. El peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido. Son delitos de peligro abstracto en nuestro Código, por ejemplo, el de conducir un vehículo de motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas (art. 379)... Desde el punto de vista dogmático sólo son delitos de peligro y por tanto, de resultado de peligro los de peligro concreto” (CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, Vol. II, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2004, p.p. 111-112). PEDREIRA GONZÁLEZ entiende que los delitos de mera actividad son aquellos en los que el tipo de injusto consiste en una acción u omisión del agente, sin que se precise la producción de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta. En estos casos la consumación se verifica una vez que se realiza o se omite la actividad descrita en el tipo penal, por lo que la obtención del fin perseguido por el sujeto o los posibles resultados de su acción no integran el tipo, mientras que en los delitos de resultado el autor entiende que el tipo de injusto no se agota con la mera realización de la conducta, sino que se requiere, además, la producción de un resultado separable espacio-temporalmente de aquélla (PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix María, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial: Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2007, p.p. 90-91). En un sentido similar, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 164. También véase RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa, *Delitos de peligro...*, ob. cit., p. 13.

¹⁰⁹¹ En este sentido, ACALE SÁNCHEZ, María, *El tipo injusto en los delitos de mera actividad*, Ed. Comares, Granada, 2000, p.p. 93 y 100; PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix María, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial...*, ob. cit., p.p. 91-92.

posible hablar de comisión por omisión mediante la posición de garante¹⁰⁹². Además, el precepto no exige el cumplimiento de una acción positiva, por lo que se trata de un delito activo, de peligro abstracto, no existiendo ni omisión pura¹⁰⁹³, ni comisión por omisión. Para que pudiera sancionarse la omisión, el legislador debería reformar el artículo 325 (o en su caso, modificar el artículo 11 CP estableciendo de una manera más

¹⁰⁹² En sentido similar, ACALE SÁNCHEZ, María, *El tipo injusto en los delitos de mera actividad...*, ob. cit., p. 101; PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix María, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial...*, ob. cit., p. 92; VIVES ANTÓN, Tomás, Artículo 11, en *Comentarios al Código Penal*, dir. Cobo del Rosal, T.I, Edersa, Madrid, 1999, p.p. 490 y ss. OBREGÓN GARCÍA y GÓMEZ LANZ consideran sobre la comisión por omisión que “en tanto que tipos de resultado, la desvaloración recae sobre la producción de un resultado objetivamente imputable a la acción (en sentido amplio y propio) del sujeto; su peculiaridad radica en la forma de comisión, que en este caso consiste en la abstención, por parte del sujeto, de realizar una conducta que podría haber eliminado o reducido el riesgo” (OBREGÓN GARCÍA, Antonio/GÓMEZ LANZ, Javier, *Derecho penal. Parte general: Elementos básicos de teoría del delito*, Ed. Tecnos, Madrid, 2012, p. 84). Véanse, también, BACIGALUPO, Enrique, “La regulación de las conductas omisivas en el nuevo Código Penal”, en *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal*, C.G.P.J., Madrid, 1996, págs. 12 y ss; BACIGALUPO, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, p.p. 135 y ss; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Causalidad, omisión e imprudencia”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, p.p. 25 y ss; del mismo, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1997, p.p. 5 y ss; del mismo, Artículo 11, en *Comentarios al Código Penal*, dir. Cobo del Rosal, T.I, Edersa, Madrid, 1999, p.p. 409 y ss; del mismo, “El delito de omisión impropia”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 4, Madrid, 1999, págs. 525 y ss; del mismo, “La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 53, Madrid, 2000, p.p. 29 y ss; HUERTA TOCILDO, Susana, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1989, p.p. 367 y ss; del mismo, Artículo 11, en *Comentarios al Código Penal*, dir. Cobo del Rosal, T.I, ob. cit., p.p. 441 y ss; BUSTOS RUBIO, Miguel, *La tipicidad objetiva en el delito de omisión del deber de socorro personal*, Ed. UCM, Madrid, 2013, p.p. 13-14; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte” en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, T. 48, Fascículo I, 1995, p.p. 213 y ss; CUADRADO RUIZ, Ma. Ángeles, “La posición de garante”, en *Revista de derecho penal y criminología*, Nº 6, 2000, p.p. 59 y ss; NOVOA MONREAL, Eduardo, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Ed. Desalma, Buenos Aires, 1984, p.p. 135 y ss; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel, *Comportamiento omisivo y Derecho penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p.p. 397 y ss; ROMEO CASABONA, Carlos María, “Límites de los delitos de comisión por omisión”, en *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Ed. UCM, Madrid, 1994, p.p. 33 y ss; DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *Tipicidad e imputación objetiva*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p.p. 183 y ss.

¹⁰⁹³ No es posible sancionar por omisión pura estas modalidades de conducta, ya que el artículo 325 CP no exige del sujeto activo una acción determinada y posible, sino que solamente se limita a sancionar a quien ejecuta, de forma activa, un determinado comportamiento contrario a Derecho. Véanse OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p.p. 559-560; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 238; BUSTOS RUBIO, Miguel, *La tipicidad objetiva en el delito de omisión...*, ob. cit., p.p. 19-20.

clara la posibilidad de admitir comisión por omisión en estos supuestos) y es que si se considera la comisión por omisión mediante la calificación como un delito de peligro concreto, se corre el riesgo de dejar impunes más conductas que pongan en peligro al medioambiente, además de incurrir en la dificultad de distinguir convenientemente las sanciones administrativas y penales.

6.3.6. Antijuridicidad/Justificación: la autorización administrativa de vertido (remisión a otro lugar)

No sólo se encuentran prohibiciones en el Ordenamiento jurídico, sino que también se contemplan preceptos permisivos, los cuales “autorizan a realizar un hecho, en principio, prohibido”¹⁰⁹⁴. En este sentido, en el delito medioambiental podemos encontrarnos frente a causas de justificación, fundamentalmente por el *ejercicio legítimo de un derecho*, y es que el Código penal español en su artículo 20.7 señala que se encuentran “exentos de responsabilidad criminal... el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”. En este sentido, se entiende que ese derecho puede ser otorgado mediante la autorización administrativa de vertido¹⁰⁹⁵, que facultaría, hasta cierto punto, para contaminar las aguas y que ya hemos analizado con anterioridad, por lo que nos remitimos a lo dicho¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹⁴ “En Derecho penal la existencia de un hecho típico supone la realización de un hecho prohibido, en la medida en que el tipo constituye o describe la materia de prohibición, es decir, aquel o aquellos hechos que le legislador quiere evitar que realicen los ciudadanos. Pero en algún caso concreto el legislador permite ese hecho típico, en cuanto hay razones políticas, sociales y jurídicas que así lo aconsejan. En estos casos, el indicio de la antijuridicidad que supone la tipicidad queda desvirtuado por la presencia de una causa de justificación, es decir, por una causa de exclusión de la antijuridicidad que convierte el hecho, en sí típico, en un hecho perfectamente lícito y aprobado por el Ordenamiento jurídico” (MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p. 309).

¹⁰⁹⁵ Para DE LA MATA BARRANCO, “cuando el tipo penal se concibe como prohibición represiva, la doctrina entiende que la autorización, operando como causa de justificación, representa una dispensa normatizada que permite excluir la antijuridicidad de un comportamiento típico. Estamos ante comportamientos lesivos o concretamente peligrosos para un determinado bien jurídico que exigen una prohibición incondicional cuya finalidad es la garantía de dichos bienes; ante actividades consideradas socialmente dañosas, cuya sanción he de representar la regla general, exceptuada en casos puntuales” (DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa...*, ob. cit., p. 105); MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p. 125; MARQUÈS I BANQUÉ, María, “De los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p.p. 724-725; MORALES PRATS, Fermín, “El delito de contaminación ambiental: análisis del

6.3.7. Aspectos subjetivos

La conducta del artículo 325 CP requiere que en su parte subjetiva se realice de modo doloso, pero también a través del artículo 331 CP se castiga la imprudencia, la cual debe ser grave¹⁰⁹⁷.

De esta manera, el hecho de que se exija el dolo en el artículo 325 CP requiere que el sujeto activo tenga conciencia y voluntad de realizar los elementos previstos en el tipo objetivo¹⁰⁹⁸.

artículo 325.1 CP..., ob. cit., p.p. 1062-1063; MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 268.

¹⁰⁹⁶ Véase, fundamentalmente, el apartado 5.5.2.1. de este trabajo.

¹⁰⁹⁷ Véanse MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 266; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, ob. cit., p. 595; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p. 160; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p.p. 124-125; ACALE SÁNCHEZ, María, “Delitos contra los recursos naturales y...”, ob. cit., p. 308; ALASTUEY DOBÓN, M^a Carmen, “Delito ecológico y aguas continentales...”, ob. cit., p.p. 523-524; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “El delito ecológico...”, ob. cit., p. 301; 473; MESTRE DELGADO, Esteban, “Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección...”, ob. cit., p. 473; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y...”, ob. cit., p. 929; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis/OTROS, *Código penal. Comentado y con jurisprudencia...*, ob. cit., p. 1083; PERIS RIERA, Jaime Miguel, “Tutela penal del agua”, en *La tutela...*, ob. cit., p.29.

¹⁰⁹⁸ En este sentido, la STS 486/2007 de 30 mayo, RJ 2007/3725, sostiene que “el dolo no es otra cosa que el conocimiento y voluntad de los elementos del tipo objetivo”, y además considera que “en efecto, el tipo del art. 325 CP 1995 (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) (STS 1527/2002, 24 de septiembre [RJ 2002, 8171]) requiere la comisión dolosa en la producción del vertido, para lo que deberá acreditarse bien la intención, bien la representación del riesgo y continuación en la actuación. Esa acreditación, como todo elemento subjetivo, deberá resultar de una prueba directa o ser inferida de los elementos objetivos acreditados que permita afirmar la comisión dolosa del vertido. La contaminación por vertidos (STS 1538/2002, 24 de septiembre [RJ 2002, 8172]) no requiere una específica construcción dolosa, sino la genérica del dolo, esto es, conocimiento de los elementos típicos y la voluntad de su realización, expresiones que se reflejan en el hecho probado al declararse la realización de una actividad industrial, generadora de riesgos, sin observar la normativa correspondiente para controlar los riesgos de la actividad, de lo que fue advertido y actuando de forma clandestina mediante la instalación de una tubería y una máquina de bombeo para la realización de los vertidos contaminantes”. La STS 2031/2002 de 4 diciembre, RJ 2003/545, constata el dolo en el medioambiente a partir de lo siguiente: “Hemos declarado con reiteración que los elementos subjetivos de los tipos penales deben resultar del hecho probado, y así se realiza en la sentencia impugnada cuando refiere las conductas de los acusados relacionadas con la actividad fabril de la empresa que regentaban,

explicados en la fundamentación de la sentencia. Así se realiza en la sentencia que dedica un fundamento, el cuarto, a explicar el conocimiento y la voluntariedad en la acción realizada. En primer lugar porque el puesto ocupado en la empresa le hace conocer el funcionamiento de la misma y tener el dominio de su funcionamiento, tanto por el lugar que ocupa en la estructura de la empresa y el ser el destinatario de la normativa vigente en esta materia y el obligado a su observancia. En otras palabras el acusado, y su padre, mantenían en la empresa una determinada posición, «status», con dominio de la actuación fabril realizada y con conocimiento de la normativa específica que le obligaba a determinados comportamientos en materia de medio ambiente, pues la actividad era peligrosa para el bien jurídico y, por lo tanto, eran conocedores, o debieron serlo, de las específicas prevenciones dispuestas por el ordenamiento en prevención de los riesgos que su actividad representaba. En definitiva, infringieron el deber establecido en la normativa que, dada la actividad febril, conocían. El tribunal concreta lo anterior, expresando en la sentencia que las negociaciones sobre el Plan de descontaminación gradual, las inspecciones realizadas e, incluso, las manifestaciones expresadas por el recurrente cuando se obtuvieron las muestras que dieron lugar al procedimiento, referidas a la próxima instalación de una depuradora, evidencian el conocimiento en la situación de ilegalidad y, no obstante, la continuación en la actuación”. Véanse ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier, *Introducción a la teoría jurídica del delito...*, ob. cit., p.p. 89-99; BACIGALUPO, Enrique, “Problemas actuales del dolo”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Cívitas, Madrid, 2005, p.p. 63 y ss; BAIGÚN, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2007; DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Dolo. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, Ed. Porrúa, México D.F., 2000; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Aspectos sustantivos y procesales del dolo”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Nº 7, 2005, p.p. 13 y ss; DÍAZ PITA, Mª del Mar, *El dolo eventual*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1994; LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dolo y conocimiento*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999; MANRIQUE PÉREZ, María Laura, *Acción, dolo eventual y doble efecto. Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p.p. 259 y ss; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p.p. 267 y ss; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999; ROMEO CASABONA, Carlos María, “Sobre la estructura monista del dolo. Una visión crítica”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, ob. cit., p.p. 923 y ss; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, *Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y Jurisprudencial*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2007; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “El dolo y el conocimiento de antijuridicidad”, en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Dir. José Jiménez Villarejo, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 41; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro...*, ob. cit., p.p. 41 y ss; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “Derecho penal del medio ambiente”..., ob. cit., p. 297; HASSEMER, Winfried, “Los elementos característicos del dolo”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Nº 43, Fascículo III, 1990, p.p. 909 y ss; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p.p. 310 y ss; ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p.p. 412 y ss. Para actuar dolosamente no basta, desde nuestro punto de vista, con el conocimiento de los elementos objetivos del tipo sino que es necesario, además, la voluntad de realizarlos, es decir, querer realizarlos. Pero este querer no hay que confundirlo con los deseos o móviles últimos del sujeto. En alguna ocasión pueden coincidir, como en el caso del sujeto que mata por el placer de matar o del cleptómano que hurta en los grandes almacenes por el placer de hurtar, pero en muchos otros casos no coincidirán. Es decir, que sus móviles o deseos últimos sean otros no es incompatible con el comportamiento doloso, ni con la exigencia de conciencia y voluntad en el dolo. En atención a la mayor o menor intensidad con la que concurren los elementos del dolo puede distinguirse entre el *dolo directo en primer grado*, en el que el propósito inmediato del sujeto es realizar el tipo objetivo del delito; *dolo directo en segundo grado*, en el que el sujeto advierte como segura la realización del tipo objetivo y, aun cuando no la persigue directamente, la acepta; *dolo eventual*, en el que el sujeto advierte como probable la realización del tipo objetivo y, aun cuando no la persigue directamente, la asume,

Ahora bien, podemos decir que en la inmensa mayoría de los supuestos, el objetivo primordial o inmediato en este tipo de delitos no es la contaminación en sí¹⁰⁹⁹, sino que mediante otros objetivos primarios se llega a la acción de contaminar, por lo que se puede apreciar tanto el dolo directo en segundo grado (sujeto advierte como necesaria la realización del tipo objetivo y aunque no la busca directamente, la acepta)¹¹⁰⁰, como el dolo eventual (sujeto advierte como probable la realización del tipo objetivo y aunque no la persigue directamente, la asume)¹¹⁰¹. En este sentido, la STS

admitiendo su eventual realización. Particulares problemas plantea la delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente. A tal efecto se ha formulado, principalmente, dos teorías: a) Para la denominada *teoría de la probabilidad* lo decisivo es el grado de probabilidad con que le sujeto se represente la realización del tipo objetivo, de modo que su conducta se estimará dolosa si se lo ha representado como altamente probable e imprudente si sólo se lo ha representado como posible; b) La llamada *teoría del consentimiento*, sin embargo, no renuncia al elemento volitivo del dolo, de tal modo que para esta teoría no es suficiente con la representación del resultado, sino que es preciso, además, que el sujeto lo haya asumido, que se conforme con él. Como ponen de manifiesto MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, en última instancia, “todo el problema del dolo desemboca, a la larga, en la demostración de un elemento volitivo respecto al resultado... Si la misión de la Teoría general del delito consiste en suministrar un concepto unitario de dolo, no cabe duda de que en el mismo debe incluirse también el elemento volitivo referido al resultado que el respectivo tipo delictivo exija como consumación del mismo. La demostración de ese querer plantea, ciertamente, problemas de prueba en la práctica, pero no por ello puede prescindirse de él” (*Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 273). Obviamente, se trata de un elemento que no es susceptible de aprehensión directa, pues no podemos introducirnos en la mente de los demás, sino que, como sucede frecuentemente en el ámbito del Derecho, ha de obtenerse de circunstancias exteriores y verificables. Con arreglo a este criterio, podrá hablarse de dolo eventual, como se ha señalado, cuando el sujeto advirtió como probable la realización del tipo objetivo y, aun cuando no la perseguía directamente, la asumió. Habrá imprudencia consciente, sin embargo, cuando el sujeto, si bien advirtió la probabilidad de realizar el tipo objetivo, confió en evitarlo.

¹⁰⁹⁹ “La realización de estas conductas con dolo directo en primer grado (con la finalidad directa de poner en peligro el medio ambiente o la salud de las personas) no va a ser muy frecuente” (MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 266); HAVA GARCÍA, Esther, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”..., ob. cit., p.1048; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “Derecho penal del medio ambiente”..., ob. cit., p. 297.

¹¹⁰⁰ En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, ob. cit., p. 595; HAVA GARCÍA, Esther, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”..., ob. cit., p.1048; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y...”, ob. cit., p. 929; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis/OTROS, *Código penal. Comentado y con jurisprudencia...*, ob. cit., p. 1083.

¹¹⁰¹ En este sentido, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “El delito ecológico...”, ob. cit., p. 301; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, ob. cit., p. 595; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p. 161; HAVA GARCÍA, Esther, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”..., ob. cit., p. 1048; DE LA CUESTA AGUADO, María Paz,

81/2008 de 13 febrero, RJ 2008/2973, afirma que “el dolo será normalmente un dolo eventual o de segundo grado, siendo improbable la apreciación del dolo directo, ya que normalmente la conducta potencialmente lesiva del medio ambiente se comete con una finalidad inocua para el Derecho Penal, como es el desarrollo de una actividad industrial”¹¹⁰².

Por otra parte, el CP prevé la imprudencia, cuya existencia debe manifestarse específicamente en el tipo, como establece el artículo 12 CP: “las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”. En este sentido, el artículo 331 CP señala que “los hechos previstos en este capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave”, por lo que cabe la imputación subjetiva imprudente; es decir, el delito medioambiental puede ser realizado sin conciencia y voluntad, infringiendo el cuidado debido, pero no solo eso, sino que además, al tratarse de imprudencia grave, se requiere la omisión del cuidado más elemental, es decir, el no adoptar las medidas más básicas de diligencia y atención, que pondrían incluso las personas menos diligentes y cuidadosas¹¹⁰³. A este respecto,

“De los delitos contra los recursos naturales..., ob. cit., p. 732; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y..., ob. cit., p. 929; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis/OTROS, *Código penal. Comentado y con jurisprudencia...*, ob. cit., p. 1083.

¹¹⁰² En materia de dolo eventual, la STS 664/2002 de 28 marzo, RJ 2003/4069, considera que “en el delito ecológico el riesgo requerido por el tipo se encuentra causalmente vinculado con la acción que genera el peligro concreto producido y debe serle atribuido al autor a título de dolo eventual cuando, como sucede en la generalidad de los casos y en éste también, no consta la intencionalidad de perjudicar al medio ambiente o de crear un riesgo. En esos casos –como se establece en la SS 442/2000, de 13 de marzo (RJ 2000, 3315) y 96/2002 de 30 de enero– las reglas de la lógica, de la experiencia y el recto juicio permiten asegurar que el agente es consciente de esas eventualidades y, pese a ello, ejecuta la acción”.

¹¹⁰³ Véanse MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p. 124; TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a, “Protección penal del medio ambiente. Jurisprudencia..., ob. cit., p. 386; ALASTUEY DOBÓN, M^a Carmen, “Delito ecológico y aguas continentales..., ob. cit., p.p. 523-524; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “El delito ecológico..., ob. cit., p. 301; CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal. Parte especial...*, ob. cit., p. 398; DE LA CUESTA AGUADO, María Paz, “De los delitos contra los recursos naturales..., ob. cit., p. 741; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis/OTROS, *Código penal. Comentado y con jurisprudencia...*, ob. cit., p. 1083; VARELA AGRELO, José Antonio, “Imprudencia y medio ambiente: dificultades y soluciones..., ob. cit., p.p. 80-81; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, *La protección jurídico-penal...*, ob. cit., p. 131; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “Derecho penal del medio ambiente”..., ob. cit., p. 297. Véanse, también, HAVA GARCÍA, Esther, *La imprudencia médica*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p.p. 93-94; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*,

podemos destacar la STS 1562/2000 de 9 octubre, RJ 2000\8759, en la cual se condena al acusado como autor de un delito contra el medioambiente por imprudencia grave, por desechar ocho bidones que contenían productos químicos además de alto nivel de amoníaco, abandonándolos en un vertedero, creando un peligro para el medioambiente, debido a que incluso alguno se derramó formando una mancha sobre la superficie. Aunque el acusado conocía que el contenido de los bidones era tóxico y peligroso,

Ed. Atelier, Barcelona, 2012, p.p. 41-44; GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, 3ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 2013, p.p. 356-363. Una de las cuestiones que puede adquirir trascendencia en este ámbito es la relativa a la configuración del deber de cuidado, cuya infracción caracteriza a la imprudencia. Como señala PEDREIRA GONZÁLEZ, “existe una discusión en torno a la naturaleza de ese deber. Mayoritariamente se distingue entre un deber objetivo de cuidado (referido a un hombre medio diligente en la misma posición del autor) y un deber subjetivo (relativo al poder individual del sujeto de observar el cuidado objetivamente debido), estimando que el primero pertenece al tipo, de tal forma que las acciones conformes a ese deber serían atípicas, y el segundo a la culpabilidad. Sin embargo, en los últimos años se está extendiendo la tesis que se inclina por la consideración exclusiva de un deber subjetivo de cuidado. Bajo esta concepción se defiende que a quien tiene una capacidad de rendimiento superior al participante habitual en el tráfico se le debe exigir más, de tal modo que si produce un resultado por no utilizar esas capacidades debe ser castigado por imprudencia. Ciertamente la diferencia entre ambas concepciones es menor de lo que en ocasiones se quiere hacer ver, hasta el punto de que puede decirse que se trata de una discusión un tanto artificial”. Ello es lógico, pues desde una concepción objetiva no puede pretenderse aplicar el mismo criterio a un sujeto que carece de conocimientos específicos que a un experto, sino que es preciso acudir al baremo de un hombre diligente situado en la misma posición del autor, teniendo en cuenta su nivel cultural, profesional, etc. Pero tampoco desde una concepción subjetiva del deber de cuidado se puede pretender exigir a una persona que, por ser el mayor experto en la materia, deba incurrir en responsabilidad criminal porque un determinado día, sin proponérselo, no estuvo a la altura de sus extraordinarias aptitudes y habilidades, y no se dio cuenta de algo de lo que podía no haberse dado cuenta cualquier otro gran experto (PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix María, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial...*, ob. cit., p.p. 155 y ss). En esta línea se encuentra la propuesta de MIR PUIG, que afirma que si se aplica rigurosamente el criterio del hombre diligente situado en la misma posición del autor, ya ha de tomarse en cuenta la fuente más importante de un posible poder especial, pues, si también los conocimientos especiales del autor al actuar deben ser tenidos en cuenta, entre tales conocimientos ha de contarse la experiencia especial y el fruto de un aprendizaje particularmente intenso. Para la averiguación de si hubo infracción de la norma de cuidado deberá preguntarse qué hubiera hecho un hombre diligente en la misma situación del autor, es decir, contando con el dato de su excepcional preparación. Pero más allá de lo *objetivable* en conocimientos especiales, ¿puede concederse relevancia a aptitudes excepcionales del autor? Estimo con el mencionado autor que deben distinguirse dos supuestos: 1.- El autor, que conoce sus aptitudes especiales, deja de utilizarlas *conscientemente* -aunque sin intención de causar el resultado lesivo ni aceptando su posibilidad, ya que de lo contrario habría dolo-; 2.- El autor especialmente dotado no estuvo, *sin proponérselo*, a la altura de sus aptitudes y no se comportó mejor que cualquier otro hombre diligente. En el primer caso la conducta sería contraria a la norma de cuidado. En cambio, por lo que respecta al poder excepcional no disponible a voluntad, la norma de cuidado no puede motivar a utilizarlo (MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p.p. 294 y 295).

ignoraba la gravedad de dicho peligro y desconocía que existían normas que regulaban la forma de deshacerse de tales productos de los bidones¹¹⁰⁴.

No obstante, cabe resaltar que la calificación de imprudencia es rechazada siempre que “se está en presencia de un profesional, conocedor de la carga tóxica transportada, de la necesidad de autorización administrativa, de su procedencia y de la gran cantidad de aquélla”. Como señala la SSTS 442/2000 de 13 de marzo, RJ 2000/3315, “el obligado respeto a los Hechos Probados de la sentencia que exige la vía casacional elegida ponen de relieve de manera palmaria una acción no imprudente sino claramente dolosa. Estamos ante un profesional, conocedor de la carga transportada, de su procedencia y de la gran cantidad de aquélla, que ordena a su empleado el vertido de dicho cargamento en el lugar concreto y determinado donde, efectivamente, se realizó, a tan sólo cuarenta metros de la ría que constituye el hábitat de la fauna marina que resultó afectada y, como se dijo, conocedor de la necesidad de autorización administrativa. Estos datos permiten deducir una conducta premeditada e intencional

¹¹⁰⁴ Por el contrario, la STS 79/2013 de 8 de febrero, RJ 2013\978, absuelve al alcalde de Sada de un delito ecológico, ya que no se considera que exista imprudencia grave. Dicha Sentencia mantiene que “la gravedad de la imprudencia se determina, desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado con respecto al bien que tutela la norma penal, o, en su caso, al grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales... y desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto. De forma que cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración...el Alcalde de Sada no ignoró la existencia de riesgos de afectación del terreno protegido por la ejecución de las obras acordadas, y con la finalidad de proceder a su debido control, acordó medidas de protección del mismo, procediendo a encargar y aprobar un proyecto de ejecución, cuya calidad y claridad no ha sido cuestionada, a nombrar a quien lo redactó, cuya competencia tampoco se ha discutido, como responsable de vigilar la ejecución del proyecto, adjudicando su ejecución a un profesional, cuya capacidad como tal tampoco ha sido puesta en duda, e imponiendo límites claros al contratista respecto a los aspectos relevantes a los efectos de la protección del terreno colindante, por todo lo cual no puede afirmarse a los efectos de la existencia y calificación de la imprudencia que el recurrente hubiera omitido las precauciones necesarias, ni desde luego las más elementales exigibles a cualquiera que se encontrara en su situación en las circunstancias dadas”.

incompatible con la imprudencia, pues el acusado sabía sin duda lo que hacía y quiso hacer lo que hizo”¹¹⁰⁵.

También cabe aludir a que, dentro del delito medioambiental, puede invocarse el error, debido al desconocimiento de un elemento objetivo del tipo, por lo que nos encontraríamos ante un error de tipo determinado en el artículo 14, 1 y 2 CP, de manera que se excluirá la responsabilidad criminal mediante la atipicidad de la conducta si el error es invencible¹¹⁰⁶; por el contrario, si el error es vencible el hecho podrá ser castigado mediante imprudencia, que en este caso se prevé en el artículo 331 CP¹¹⁰⁷. Igualmente, puede plantearse en este ámbito el error de prohibición, y este error puede referirse a la existencia de la prohibición como tal, que es el denominado error de prohibición directo, o recaer sobre una causa de justificación, que es el conocido como error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación¹¹⁰⁸.

El caso más discutido es el relativo a la posesión de una autorización administrativa, formalmente valida pero ilícita en cuanto al fondo, es decir, no ajustada

¹¹⁰⁵ En este sentido, también, las SSTs 486/2007 de 30 mayo, RJ 2007/3725; 81/2008 de 13 febrero, RJ 2008/2973.

¹¹⁰⁶ Aunque cuando se trata de empresarios que cuentan con asesoramiento de profesionales y expertos es difícil admitir la prosperabilidad del error de tipo, puesto que se cuenta con el conocimiento necesario para evitar cualquier daño a los recursos hídricos. Véanse GÓMEZ RIVERO, M^a Carmen, *El fraude de subvenciones*, 2^a ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2005, p.p.164 y ss; PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix María, “El perfeccionamiento de la tipicidad del fraude de subvenciones”, en *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Dir. Fco. Javier Álvarez García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 607.

¹¹⁰⁷ Véanse MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 266; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “El delito ecológico...”, ob. cit., p. 301; MORALES PRATS, Fermín, “El delito de contaminación ambiental: análisis del artículo 325.1 CP...”, ob. cit., p.p. 1064-1065. Véanse, también, ARIAS EIBE, Manuel José, *El error en Derecho penal en el Código de 1995*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p.p. 61-62; BACIGALUPO, Enrique, *Tipo y error*, Ed. Hammurabi, 2^a ed., Buenos Aires, 1988, p.p. 41-42.

¹¹⁰⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general...*, ob. cit., p.p. 382-383. Véanse, también, DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *Conocimiento de la ilicitud. Aproximación al conocimiento de la antijuridicidad del hecho desde las teorías psicológicas del pensamiento intuitivo*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p.p. 49-52; ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier, *Introducción a la teoría jurídica del delito...*, ob. cit., p.p. 133-134; BACIGALUPO, Enrique, *Tipo y error...*, ob. cit., p. 162; ARIAS EIBE, Manuel José, *El error en Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 67-68.

en su contenido a las normas ambientales. En este supuesto, no resultaría correcto afirmar que el sujeto poseedor de la autorización ilegal actúa amparado por la causa de justificación relativa al ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20.7 CP), puesto que si la licencia es ilegal y no conforme a Derecho, no puede afirmarse que el sujeto actúe de forma lícita ejerciendo un derecho. Sin embargo, aunque el comportamiento del sujeto no pueda quedar justificado, sí puede plantearse la existencia de un error en el sujeto activo¹¹⁰⁹. Aunque el error sobre las causas de justificación, como hemos señalado, debe resolverse como un error de prohibición indirecto, a nuestro juicio, en los casos de autorización administrativa formalmente válida, pero ilícita, se produciría igualmente la ausencia de conocimiento de un elemento objetivo del tipo, esto es, el relativo a la contravención de “las leyes” u otras disposiciones de carácter general protectoras del medioambiente. Dado que este error ya afectaría a la propia tipicidad, ello posibilita apreciar un error de tipo (artículo 14.1 CP), invencible o vencible, según proceda¹¹¹⁰.

6.3.8. Tipos cualificados

El artículo 325 CP posee un tipo cualificado, al señalar que “si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas”, se agravará la pena de prisión, imponiéndose en su mitad superior. Así, podemos contemplar en el precepto, junto a la protección del medioambiente, la tutela de otro bien jurídico, la salud de las personas,

¹¹⁰⁹ Véanse, en este sentido, MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p. 124; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “El delito ecológico...”, ob. cit., p. 301; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y...”, ob. cit., p. 929; MARQUÈS I BANQUÉ, María, “De los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p.p. 726-727. Para QUERALT JIMÉNEZ, no puede existir el error de prohibición en el delito medioambiental “dado que se trata de actuaciones industriales o profesionales, sometidas a reglamentación, es inadmisibles, porque todo lo más sería irrelevante el error grosero, difícilmente imaginable por otra parte. O bien el sujeto ha solicitado los permisos y el otorgamiento de unos supone la obtención de otros (licencia de actividad, urbanística, de actividades molestas,..., autorizaciones administrativas sobre productos y/o residuos tóxicos, redacción de planes de emergencia,...), o bien se trata de alguien que se coloca ab initio al margen de la legalidad prescindiendo de toda comunicación a los poderes públicos. En suma, hoy día una ignorancia de este calibre es inimaginable” (QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial...*, ob. cit., p. 933).

¹¹¹⁰ En este sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 268.

estrechamente relacionado con el bien jurídico medioambiental. No obstante, cabe resaltar que la referencia a la salud de las personas alude a la puesta en peligro de la salud colectiva y no a la salud individual. En este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ consideran que “la salud colectiva representa un promedio estadístico o el resultado de una continuada experiencia. La salud individual es fruto de múltiples factores, como pueden ser la constitución y fortaleza individual, la edad, el género de vida, de suerte que una actividad que no es perjudicial para la mayoría de la población, puede serlo en grado sumo para determinadas personas”¹¹¹¹. Con ello, se plantea una pluriofensividad de bienes jurídicos, siempre y cuando se haya puesto en peligro el equilibrio de los sistemas naturales¹¹¹², y no de forma contraria, es decir, para la protección penal del medioambiente no es necesaria la puesta en peligro de la salud de las personas, que se limita solamente a ser una agravante¹¹¹³.

Aunque la mayoría de la doctrina se manifiesta en este sentido, considerando esta referencia del artículo 325 a la salud de las personas como un tipo cualificado, por lo que la agravación de la pena se configura en relación al tipo base, no obstante, existe otra opinión, si bien minoritaria, que estima que nos encontramos ante dos modalidades típicas autónomas, pues no siempre que se pone en riesgo la salud de las personas, se pone en peligro el equilibrio de los sistemas naturales. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ y MONTANER FERNÁNDEZ ponen como ejemplo la emisión de humos y

¹¹¹¹ RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1995, p. 1108.

¹¹¹² En este sentido, MARQUÈS I BANQUÉ, María, “De los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p. 722; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p.127; PERIS RIERA, Jaime Miguel, “Tutela penal del agua”, en *La tutela...*, ob. cit., p. 29; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Las diversas variables de la protección penal del agua...”, ob. cit., p. 66-67; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “El delito ecológico...”, ob. cit., p. 290; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, ob. cit., p. 594; DE MIGUEL PERALES, Carlos, *Derecho español del medio ambiente...*, ob. cit., p. 280; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio, *Los delitos relativos a la protección...*, ob. cit., p. 102; ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen, *El delito de contaminación ambiental...*, ob. cit., p.p. 71 y ss; ALASTUEY DOBÓN, Mª Carmen, “Delito ecológico y aguas continentales...”, ob. cit., p. 508; URRIZA ABAD, Jesús, *Delitos contra los recursos naturales y...*, ob. cit., p.p. 250-251; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y...”, ob. cit., p. 929; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p. 159; BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de derecho penal español...*, ob. cit., p. 285; BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua...*, ob. cit., p.p. 460-462.

¹¹¹³ URRIZA ABAD, Jesús, *Delitos contra los recursos naturales y...*, ob. cit., p. 251.

el ruido, considerando que “una emisión contaminante de humos de una fábrica que pone en peligro la salud de unas decenas de personas que viven o trabajan en las cercanías seguramente no incide en los sistemas naturales; como tampoco incide en los sistemas naturales una emisión de ruidos de una discoteca que pone en peligro la salud de los vecinos. La incidencia o no en el equilibrio de los sistemas naturales no es lo verdaderamente relevante... para la aplicación de este subtipo penal no es necesario que se constate que, además, se está poniendo en grave peligro a los sistemas naturales”¹¹¹⁴.

Además, el artículo 326 recoge como tipos cualificados, las conductas del artículo 325 cuando concurren una serie de circunstancias concretas, que pueden plantearse en materia de aguas¹¹¹⁵. Así, el precepto prevé “la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concorra alguna de las circunstancias siguientes”:

- a) Que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación Administrativa de sus instalaciones.
- b) Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior.
- c) Que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma.
- d) Que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.
- e) Que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.
- f) Que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones.

Conviene comenzar aclarando que las agravantes previstas en el artículo 326 CP no pueden ser acumulativas, cuando se presente más de un hecho cualificante, llevando ello sólo a la imposición de la pena superior en grado, sin posibilidad de seguir

¹¹¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente...*, ob. cit., p. 130. Véase, también, DE LA CUESTA AGUADO, María Paz, “De los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p. 731.

¹¹¹⁵ PERIS RIERA, Jaime Miguel, “Tutela penal del agua”, en *La tutela...*, ob. cit., p. 30; MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Las diversas variables de la protección penal del agua...”, ob. cit., p. 69.

aumentando la pena un grado por cada circunstancia que se acumule¹¹¹⁶. En este sentido, la STS 1914/2000 de 12 diciembre, RJ 2000/9790, señala que “conviene añadir aquí que nos encontramos con la concurrencia de dos agravaciones específicas a las que la norma penal reconoce la misma eficacia de subida de sanción que si sólo existiera una de ellas, conforme a lo dispuesto en ambos códigos, en el párrafo 2 del art. 347 bis CP/1973 y en el art. 326 CP/1995: la imposición de la pena superior en grado por una o por varias de ellas”. Sin embargo, como aclaran SILVA SÁNCHEZ y MONTANER FERNÁNDEZ, “debe considerarse la posibilidad de que la segunda circunstancia acumulada opere en el marco de las reglas de determinación judicial de la pena (por ser expresión de una mayor gravedad del hecho) y permita imponer la pena en su mitad superior, sin que resulte posible saltar de nuevo de marco. Esta solución puede defenderse sobre la base de una *argumentación sistemática* con lo que sucede en el caso la estafa o, incluso, del asesinato. A mayor abundamiento, responde a la *ratio penológica del concurso ideal* de delitos, situación análoga a la que aquí se daría: un concurso ideal de tipos cualificantes”¹¹¹⁷.

La primera agravante que nos presenta el artículo 326 destaca la importancia de la función de la Administración, y en este sentido, la norma penal castiga el funcionamiento de alguna empresa o industria que opere *clandestinamente*, es decir, sin la correspondiente autorización administrativa¹¹¹⁸. En nuestro caso, ya nos hemos

¹¹¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 273; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, *La protección jurídico-penal...*, ob. cit., p.p. 134-135.

¹¹¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente...*, ob. cit., p.p. 143-144.

¹¹¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, ob. cit., p.p. 595-596; MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 274; DE LA CUESTA AGUADO, María Paz, “De los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p. 734; MARQUÈS I BANQUÉ, María, “De los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p.p. 741-742; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p.p. 130-133; MESTRE DELGADO, Esteban, “Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección...”, ob. cit., p. 472; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p.p. 171-173; HAVA GARCÍA, Esther, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”..., ob. cit., p. 1053; ALASTUEY DOBÓN, M^a Carmen, “Delito ecológico y aguas continentales...”, ob. cit., p.p. 515-516; TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a, “Protección penal del medio ambiente. Jurisprudencia...”, ob. cit., p. 391; ACALE SÁNCHEZ, María, “Delitos contra los recursos naturales y...”, ob. cit., p. 308; DE MIGUEL PERALES, Carlos, *Derecho español del medio*

referido a las autorizaciones correspondientes al dominio público hidráulico, establecidas en el TRLA y en el RDPH, como la autorización de vertidos. La Jurisprudencia se ha dado a la tarea de clarificar lo que la *clandestinidad* implica en este precepto, entendiendo “no ya el funcionamiento oculto para la Administración”, sino “el funcionamiento sin la autorización o aprobación administrativa de las instalaciones de la industria o actividad”. Así, considera que “la clandestinidad de una industria o actividad no debe identificarse con el carácter secreto u oculto en el sentido material, sino en el sentido jurídico que el propio precepto desarrolla de modo auténtico. Concretamente lo serían las empresas carentes de la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones. Es tanto como desplegar la actividad empresarial e industrial a espaldas de la Administración, cuando se requiere autorización para el desarrollo de la actividad de que se trate”¹¹¹⁹.

De igual forma, la segunda circunstancia prevista en el artículo 326 pone de manifiesto la importancia de las obligaciones que imponga la Administración al sujeto activo, puesto que se refiere a la *desobediencia* de las órdenes expresas de la Administración, para suspender o corregir las actividades contaminantes, como se exhorta en el artículo 98 TRLA¹¹²⁰. Podemos entender que, tanto en el caso anterior, como en éste, se agrava la pena por causa de un mayor riesgo al medioambiente, debido a que se presentan como un incumplimiento de los lineamientos establecidos por la

ambiente..., ob. cit., p. 281; SÁNCHEZ MELGAR, Julián, “La jurisprudencia penal en materia medioambiental”..., ob. cit., p.p. 100-101.

¹¹¹⁹ En este sentido, SSTs 916/2008 de 30 diciembre, RJ 2009/1380; 875/2006 de 6 septiembre, RJ 2006/6593; 1500/2004 de 16 diciembre, RJ 2005/45; 693/2003 de 17 de mayo, RJ 2003/4240; 687/1999 de 5 de mayo, RJ 1999/4958; 1914/2000 de 12 de diciembre, RJ 2000/9790; 1583/2001 de 17 de septiembre, RJ 2001/7728; 7/2002 de 19 de enero, RJ 2002/1315; 2031/2002 de 4 de diciembre, RJ 2003/545.

¹¹²⁰ “Los Organismos de cuenca, en las concesiones y autorizaciones que otorguen, adoptarán las medidas necesarias para hacer compatible el aprovechamiento con el respeto del medio ambiente y garantizar los caudales ecológicos o demandas ambientales previstas en la planificación hidrológica. En la tramitación de concesiones y autorizaciones que afecten al dominio público hidráulico que pudieran implicar riesgos para el medio ambiente, será preceptiva la presentación de un informe sobre los posibles efectos nocivos para el medio, del que se dará traslado al órgano ambiental competente para que se pronuncie sobre las medidas correctoras que, a su juicio, deban introducirse como consecuencia del informe presentado. Sin perjuicio de los supuestos en que resulte obligatorio, conforme a lo previsto en la normativa vigente, en los casos en que el Organismo de cuenca presuma la existencia de un riesgo grave para el medio ambiente, someterá igualmente a la consideración del órgano ambiental competente la conveniencia de iniciar el procedimiento de evaluación de impacto ambiental”.

Administración¹¹²¹. En este sentido, cabe resaltar que, en la *clandestinidad*, al no haber un control administrativo sobre el acto de contaminación, se presupone un mayor riesgo para el medioambiente, y de igual forma con la *desobediencia*, debido a que la Administración, en cumplimiento de su función de vigilancia sobre el medioambiente, exhorta al sujeto activo a modificar o interrumpir la acción contaminante, debido a que se esta llevando a cabo una actividad que incumple las normas ambientales. En un sentido similar, la STS 1538/2002 de 24 septiembre, RJ 2002/8172, manifiesta que “como elementos de agravación el art. 326 del Código Penal refiere diversas conductas, entre ellas la que ha sido objeto de aplicación consistente en la desobediencia a órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión, que supone una agravación de la consecuencia penal cuando, constando la realización de la conducta contenida en el tipo básico el acusado ya hubiera sido requerido por la autoridad administrativa para la corrección de la actividad generadora de la contaminación. En otras palabras, no se sanciona la misma conducta, sino sobre un hecho nuevo que genera un grave perjuicio al equilibrio natural”¹¹²².

La tercera causa de agravación exige como requisito la *falsificación u ocultamiento* de información sobre los aspectos ambientales de las actividades contaminantes, lo que ha llevado a pensar que se trata de un refuerzo para el mecanismo

¹¹²¹ Para MATELLANES RODRÍGUEZ, se trata de “una conducta que no necesariamente supone una mayor gravedad del ataque al ambiente, ni tan siquiera revela una mayor culpabilidad en el sujeto en relación con su agresión al medio ambiente; tan sólo ponen de manifiesto una deslealtad para las funciones de la Administración” (MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p. 133). En un sentido muy similar se pronuncia MARQUÈS I BANQUÉ, quien además manifiesta que “sólo cumplen una función de reforzamiento de intereses propios de la Administración y no de efectiva tutela del ambiente” (MARQUÈS I BANQUÉ, María, “De los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p. 742). Véanse, también, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, ob. cit., p. 596; MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 275; HAVA GARCÍA, Esther, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”..., ob. cit., p. 1054; DE LA CUESTA AGUADO, María Paz, “De los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p. 734; MESTRE DELGADO, Esteban, “Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección...”, ob. cit., p. 472; ALASTUEY DOBÓN, M^a Carmen, “Delito ecológico y aguas continentales...”, ob. cit., p.p. 517-518; DE MIGUEL PERALES, Carlos, *Derecho español del medio ambiente...*, ob. cit., p. 281; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p. 174.

¹¹²² Sobre la “desobediencia” del el artículo 326 CP, véanse, también, las SSTs 773/2012 de 18 de octubre, RJ 2012/9479; 1317/2011 de 2 de diciembre, RJ 2012/64; 708/2009 de 16 de junio, RJ 2009/6645; 1118/2007 de 20 de diciembre, RJ 2008/1315.

de control por parte de la Administración, mediante el cual se realizan las auditorias medioambientales, con la finalidad de determinar el desempeño y la ejecución del autorizado, es decir, si se están cumpliendo los lineamientos de la autorización¹¹²³. Pero también puede ocurrir que en el momento en el que se haya solicitado la autorización ambiental se *falsifiquen u oculten* aspectos ambientales, lo cual, en ambos casos, puede poner en grave riesgo el medioambiente. El informe sobre los posibles efectos nocivos para el medioambiente aparece previsto en el artículo 98 TRLA, como ya hemos visto con anterioridad.

La cuarta cualificación se refiere a la *obstaculización de las inspecciones de la Administración*, siguiendo el mismo camino de las anteriores agravantes, otorgando un fuerte peso a la actuación administrativa y reforzando su potestad de control y vigilancia¹¹²⁴. Y es que el hecho de impedir o dificultar la consecución de una inspección lleva a presuponer que se está generando un alto grado de contaminación, y por lo tanto, un mayor riesgo para el medioambiente. En este sentido, debemos recordar que el control preventivo de la Administración es un poderoso instrumento limitativo, con el fin de que no se perturbe el interés público tutelado. Así, la Administración asegura el nivel de riesgo permisible, como es en el caso de los vertidos, actividad en la que se sabe habrá una modificación en la calidad de las aguas, pero mediante el control autorizador previo, se regula la prohibición de forma general, más no absoluta, es decir, se controla la contaminación para evitar mayores riesgos. En este sentido, las

¹¹²³ Véanse MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p.p. 133-134; HAVA GARCÍA, Esther, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”..., ob. cit., p. 1055; MESTRE DELGADO, Esteban, “Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección...”, ob. cit., p.p. 472-473; ALASTUEY DOBÓN, M^a Carmen, “Delito ecológico y aguas continentales...”, ob. cit., p. 517; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p. 175.

¹¹²⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, ob. cit., p. 596; MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 276, MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p. 134; DE LA CUESTA AGUADO, María Paz, “De los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p. 735; HAVA GARCÍA, Esther, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”..., ob. cit., p. 1055; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p. 175; MESTRE DELGADO, Esteban, “Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección...”, ob. cit., p. 473; ALASTUEY DOBÓN, M^a Carmen, “Delito ecológico y aguas continentales...”, ob. cit., p. 518.

actuaciones administrativas como las inspecciones o las órdenes de corrección o suspensión, también son parte de este *command and control* de la Administración.

La quinta agravante, relativa a que se haya producido un *riesgo de deterioro irreversible o catastrófico*, constituye una cualificación que ya no recae sobre el control administrativo, sino que viene a poner el acento sobre el tipo básico, en cuanto a la intensidad de contaminación, si bien nos encontraríamos ante un riesgo de mayores proporciones. De este modo, podemos entender que el riesgo de menoscabo de las condiciones ambientales debe ser desastroso, con poca posibilidad de volver a su estado inicial. Aun así, nos seguimos encontrando ante un delito de peligro, en el cual, no es necesario que se constate la lesión sobre el medioambiente. En este sentido, para valorar lo catastrófico o irreversible, se puede recurrir a valoraciones sobre el coste o el tiempo que podría llevar su reparación, o bien, cuando la reversión natural se hace imposible y, por lo tanto, se llegue a la necesidad de emplear medios humanos¹¹²⁵. En un sentido similar, la STS 7/2002 de 19 de enero, RJ 2002/1315, considera que “debe entenderse que existirá deterioro irreversible cuando el daño en el medio ambiente que puedan ocasionar las emisiones o vertidos contaminantes alcance tal profundidad que no pueda ser remediado por la capacidad regeneradora de la propia naturaleza, haciéndose necesaria una intervención activa del hombre; y que existirá, por otra parte, deterioro catastrófico cuando el daño revista una intensidad y una extensión más que considerables por el número de elementos naturales destruidos, la población humana afectada y la duración de los efectos de la actividad contaminante”.

¹¹²⁵ En este sentido, véanse MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, ob. cit., p. 597; MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 277; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p.p. 134-135; DE LA CUESTA AGUADO, María Paz, “De los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p. 735; HAVA GARCÍA, Esther, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”..., ob. cit., p. 1056; ACALE SÁNCHEZ, María, “Delitos contra los recursos naturales y...”, ob. cit., p. 309; DE MIGUEL PERALES, Carlos, *Derecho español del medio ambiente...*, ob. cit., p. 282; MESTRE DELGADO, Esteban, “Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección...”, ob. cit., p. 473; ALASTUEY DOBÓN, M^a Carmen, “Delito ecológico y aguas continentales...”, ob. cit., p. 518; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p.p. 175-176.

Por último, nos encontramos ante la única cualificación que posee una mención expresa al agua¹¹²⁶, y es que la agravante prevista en el artículo 326 f) tiene su origen en los problemas de sequía por los que España atravesaba. Así, dicho precepto sanciona las *extracciones ilegales de aguas en período de restricciones*, es decir, que no se posea la respectiva autorización para la extracción o explotación de los cauces de agua y, además, se extraiga agua en el lapso en el que existan problemas de sequía u otros impedimentos excepcionales¹¹²⁷. A tal efecto, a nuestro juicio, se requiere que la autoridad correspondiente declare formalmente el periodo de restricción¹¹²⁸. Así, el artículo 58 del TRLA establece que “en circunstancias de sequías extraordinarias, de sobreexplotación grave de acuíferos, o en similares estados de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales, el Gobierno, mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, oído el organismo de cuenca, podrá adoptar, para la superación de dichas situaciones, las medidas que sean precisas en relación con la utilización del dominio público hidráulico, aun cuando hubiese sido objeto de concesión. La aprobación de dichas medidas llevará implícita la declaración de utilidad pública de las obras, sondeos y estudios necesarios para desarrollarlos, a efectos de la ocupación temporal y expropiación forzosa de bienes y derechos, así como la de urgente necesidad de la ocupación”.

¹¹²⁶ Pero, por supuesto, no es la única agravante aplicable en relación con las aguas, ya que las demás agravantes, como hemos señalado, también son aplicables en el ámbito de los recursos hídricos. En sentido contrario, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ afirma que es la “única de estas agravaciones que se refiere al agua” (RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, *La protección jurídico-penal...*, ob. cit., p. 132).

¹¹²⁷ Véanse DE MIGUEL PERALES, Carlos, *Derecho español del medio ambiente...*, ob. cit., p. 282; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p. 176; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, ob. cit., p. 597; MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 277; MESTRE DELGADO, Esteban, “Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección...”, ob. cit., p. 473; HAVA GARCÍA, Esther, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”..., ob. cit., p. 1056; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p. 135; DE LA CUESTA AGUADO, María Paz, “De los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p. 735; ALASTUEY DOBÓN, M^a Carmen, “Delito ecológico y aguas continentales...”, ob. cit., p.p. 518-519; ACALE SÁNCHEZ, María, “Delitos contra los recursos naturales y...”, ob. cit., p. 309; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, *La protección jurídico-penal...*, ob. cit., p. 133.

¹¹²⁸ OLMEDO CARDENETE, Miguel, “Delitos sobre la ordenación del territorio y...”, ob. cit., p. 752.

6.3.9. Distinción entre infracciones administrativas y penales en materia de aguas: el criterio de la gravedad

El requisito de la gravedad que se requiere en el artículo 325 CP (“puedan perjudicar gravemente”) viene a limitar la intervención del Derecho penal, ya que éste precepto requiere que el hecho alcance el suficiente nivel para calificarlo como grave; de lo contrario, estaremos ante una infracción administrativa¹¹²⁹. No obstante, BLANCO LOZANO mantiene que “las cláusulas de grave y gravemente” están de más, pues según el autor “no aportan nada”, ya que será “grave sin necesidad de que así se especifique, porque dada la relevancia y generalidad de los mismos toda amenaza que sobre ellos se vierta es ya de por sí grave; de no serlo, no constituiría en realidad tal amenaza”¹¹³⁰.

Según la Jurisprudencia, se trata de “aquello que produce o puede producir consecuencias nocivas”¹¹³¹, o como también estima la STS 1242/2004 de 8 de noviembre, RJ 2004/7711, “se debe de considerar grave todo traspaso de los límites reglamentarios de una entidad notable”. La STS 916/2008 de 30 diciembre, RJ 2009/1380, sostiene que nos encontramos ante un “elemento valorativo y excesivamente ambiguo que, como ha destacado la doctrina, ha determinado que la aplicación forense de este elemento no haya abandonado el ámbito de lo inseguro, lo que hace preciso que

¹¹²⁹ Así, LESMES SERRANOS considera que “la gravedad es además el instrumento necesario para deslindar en numerosas ocasiones entre el ilícito administrativo y el ilícito penal. El principio de intervención mínima que informa el Derecho Penal supone que la sanción penal debe quedar reservada para los casos más graves de violación del bien jurídico amparado por la legislación medioambiental” (LESMES SERRANO, Carlos, “Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Derecho penal administrativo (ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente)*, Ed. Comares, Granada, 1997, p. 344). Véanse, también, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente...*, ob. cit., p. 99; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio, *Los delitos relativos a la protección...*, ob. cit., p.p. 95-96; MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 265; URRAZA ABAD, Jesús, *Delitos contra los recursos naturales y...*, ob. cit., p. 241.

¹¹³⁰ BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua...*, ob. cit., p. 465.

¹¹³¹ SSTs 81/2008 de 13 de febrero, RJ 2008/2973; 1162/2011 de 8 de noviembre, RJ 2012/1517. Véase SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental...*, ob. cit., p. 159.

desde la jurisprudencia, en su función nomofiláctica, proporcione criterios que permitan otorgar la necesaria seguridad en la aplicación de la norma a través de las sentencias”. Nos encontramos, así, ante “un elemento normativo del tipo, valorativo y eminentemente circunstancial”¹¹³².

En cualquier caso, la gravedad del artículo 325 CP no debe sobrepasar el “riesgo de deterioro irreversible o catastrófico”, que, como hemos visto, se establece en el artículo 326.e CP. Por lo tanto, dicha gravedad debe ser lo suficientemente importante para estimar el delito medioambiental, pero tampoco llegar a los niveles tan elevados que se configuran en la cualificación¹¹³³.

Hemos expuesto con anterioridad los esfuerzos por distinguir entre los ilícitos administrativos y los ilícitos penales, tema que dentro de la doctrina jurídica lleva mucho tiempo debatiéndose. Ciertamente, sigue siendo difícil hacer una diferenciación, de modo que, a fin de esclarecer dicha controversia, se han planteado varias teorías: cualitativa, cuantitativa y ecléctica¹¹³⁴.

Como hemos analizado con anterioridad, la teoría cualitativa, que ahora cuenta con escaso apoyo, se basa principalmente en la diferenciación material de los ilícitos. Así pues, la diferenciación de los injustos mediante la teoría cualitativa, lleva a afirmar que son distintos por naturaleza, no existiendo una identidad sustancial. Mediante esta distinción, al tratarse de dos sanciones ontológicamente distintas, no puede operar el principio *non bis in idem*, lo cual, a nuestro juicio, daría lugar a una desproporcionada reacción punitiva, algo que definitivamente hemos considerado inadmisibles.

La teoría cuantitativa, como también hemos podido observar, es la que más aceptación tiene dentro de la doctrina, y es la que a nuestro juicio es la más correcta. Esta teoría se basa en distinguir los ilícitos mediante la gravedad, encontrando una

¹¹³² CARMONA SALGADO, Concepción, “Incidencias de la reforma penal de 2010 en los delitos contra los recursos naturales...”, ob. cit., p.432.

¹¹³³ MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental...*, ob. cit., p. 265.

¹¹³⁴ Véase, fundamentalmente, el apartado 1. 2 de este trabajo.

naturaleza idéntica entre los mismos, ya que no hay diferencias en cuanto a su esencia, siendo ambos manifestaciones de la potestad punitiva del Estado. Por lo tanto, mediante esta distinción se puede invocar el principio *non bis in idem*, ya que se trata de dos infracciones ontológicamente iguales.

El tercer criterio para distinguir los ilícitos es el ecléctico, una teoría un tanto confusa, como hemos señalado, ya que en ciertos ámbitos se admiten diferencias cualitativas y en otras cuantitativas, aunque aún no se ha esclarecido suficientemente ese cambio de criterios. Además, puede existir una dualidad de sanciones, por lo que el principio *non bis in idem* puede resultar vulnerado.

Ahora bien, debemos decir que los ilícitos que prevé el Derecho de aguas (TRLA, RDPH y CP) son difíciles de diferenciar, sobre todo aquellos que el Ordenamiento administrativo prevé como infracciones graves y muy graves, con respecto al delito medioambiental, y además porque nos encontramos ante un delito de peligro¹¹³⁵, lo cual hace todavía más difícil esta delimitación. Puede llegar a concurrir una doble infracción, situación que nos llevaría a enfrentarnos a una sobre-reacción punitiva, y por lo tanto, podría darse una vulneración del principio *non bis in idem*, el cual, como hemos señalado con anterioridad, es elemental para evitar que sobre un mismo sujeto recaigan dos sanciones por una misma infracción.

Como hemos tenido ocasión de observar, tanto en el Código penal, como en el TRLA y RDPH, se contemplan situaciones de gran similitud y, por lo tanto, la dificultad de delimitar las infracciones se complica y, en consecuencia, se puede incurrir en la vulneración del *non bis in idem*. Estos supuestos, debido a su similitud, pueden llevar a la confusión, confirmando esta complicada relación entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal¹¹³⁶, y es que en efecto, la apreciación de estos ilícitos

¹¹³⁵ En este sentido, QUINTERO OLIVARES considera que “la incriminación de delitos de peligro, en el modo en que se hace, cada vez contribuye más a difuminar la diferencia entre los delitos y las infracciones administrativas” (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “El derecho penal ambiental y la contaminación del agua: ríos nacionales y transnacionales”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Editores Esteban Pérez Alonso y Otros, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 700).

¹¹³⁶ MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p. 113; DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “Aspectos problemáticos en los delitos contra el medio ambiente”, en *Problemas derivados de la delincuencia medioambiental*, Ed. Consejo General

lleva a una difícil diferenciación. Como señala la STS 833/2002 de 2 junio, RJ 2003/6235, “hay un elemento nuclear común entre la norma penal y la administrativa, que es proteger el medio ambiente en cumplimiento del mandato constitucional, aunque en éste, como en otros casos, no sea fácil la distinción entre uno y otro ámbito sancionador, lo que explica que la doctrina de los últimos años viene abandonando la diversidad esencial –diversidad ontológica se decía antes– entre la infracción administrativa y la que es constitutiva de delito”.

Pero la difícil delimitación de los ilícitos no nos debe llevar a pensar que se trata de infracciones de diferente esencia, es decir, de naturaleza distinta, sino todo lo contrario. Nos encontramos ante dos infracciones de naturaleza idéntica, que contienen una identidad sustancial, y por lo tanto, lo que va a diferenciarlas es la gravedad de las acciones ilegales y sus sanciones. En este sentido, lo lógico es que el Derecho penal se encargue de las acciones más graves y el Derecho administrativo de las cuestiones cuantitativamente menores. Por tanto, la punibilidad de los actos se determina en función de la gravedad de las acciones punibles, es decir, nos encontramos ante dos infracciones cualitativamente iguales, pero cuantitativamente distintas¹¹³⁷.

del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 139; CALVO CHARRO, María, *Sanciones medioambientales...*, ob. cit., p. 97; SÁNCHEZ MELGAR, Julián, “La jurisprudencia penal en materia medioambiental”..., ob. cit., p. 55; BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua...*, ob. cit., p. 139.

¹¹³⁷ CALVO CHARRO, María, *Sanciones medioambientales...*, ob. cit., p. 100. Como sostiene DEL MORAL GARCÍA, “el examen del art. 325 del Código Penal revela que es la gravedad del perjuicio que podría producirse la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal. Todo delito ecológico es ontológicamente igual a un ilícito administrativo, del que se diferencia en atención a que las emisiones o vertidos, o radiaciones, extracciones, excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos pueden perjudicar gravemente la salud de las personas o el equilibrio de los sistemas naturales. Si no se ha producido ese riesgo o el eventual perjuicio no puede ser catalogado como “grave” la conducta no rebasará el ámbito del Derecho Administrativo” (DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “Aspectos problemáticos en los delitos contra el medio ambiente”..., ob. cit., p. 139). Para QUINTERO OLIVARES, se traza “tan solo una frontera “cuantitativa” entre delitos e infracciones administrativas”, si bien dicho autor sostiene que el “delito ambiental ha de tener configuración propia y *sentido propio coherente con el bien jurídico que quiere defender frente a los ataques más graves objetiva y subjetivamente*. Eso implica un clara conciencia de cuál es ese bien jurídico, lo cual arranca de la asunción de que existe un campo de actividades contaminantes o atentatorias para el medio ambiente que está *consentido por el sistema social y político*. Por lo tanto, *el derecho penal no puede pretender enmendar los errores y tolerancias de la Administración que es la primera responsable de la protección del ambiente, y no los jueces penales*” (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “El derecho penal ambiental y la contaminación del agua..., ob. cit., p.p. 696-697). TERRADILLOS BASOCO considera que “la distinción entre infracción penal y administrativa es puramente cuantitativa, y

No obstante, CORCOY BIDASOLO entiende que la jurisdicción penal tiene la eficacia para perseguir los atentados graves al medioambiente, y sostiene que debe calificarse al delito medioambiental como un delito de de peligro concreto, considerando que una de las ventajas de dicho encasillamiento es que permite una distinción cualitativa de los ilícitos¹¹³⁸, Ello, sin embargo, no es convincente, ya que en el afán de delimitar las infracciones considerándolas como dos ilícitos sustancialmente distintos, nos encontraríamos, como hemos dicho, con una carga probatoria bastante compleja y difícilmente demostrable, y por lo tanto, seguramente la mayoría de los delitos medioambientales quedarían impunes.

Por otra parte, MATELLANES RODRÍGUEZ considera como un problema la distinción de los ilícitos cuando se trata de un delito de peligro abstracto, puesto que para dicha autora, la mera contravención de las normas administrativas como la prevé el tipo, da lugar al ilícito penal, y por lo tanto, las infracciones administrativas carecerían de sentido¹¹³⁹. Sin embargo, no estamos de acuerdo en considerar que la mera desobediencia a la norma implique un delito, ya que es necesario que se aprecie un plus de desvalor o de peligrosidad para llevarlo al ámbito penal¹¹⁴⁰, es decir, que exista un

el límite diferenciador responde a una decisión más o menos artificiosa, aunque no carente de significado político, del legislador. Los intentos de configurar un ilícito administrativo esencialmente distinto del penal han revelado su ineficacia y los brillantes trabajos, orientados en ese sentido, de Schmidt, Goldschmidt y Wolf en Alemania no han sobrevivido a la crítica, especialmente a la de Mattes. La infracción penal es la más grave. Por ello, la sanción penal debe ser también más grave y, en consecuencia, su procedimiento de imposición debe adornarse de mayores garantías”. TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a, “El ilícito ecológico. Sanción penal-sanción administrativa”..., ob. cit., p. 83.

¹¹³⁸ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “El delito ecológico...”, ob. cit., p.p. 295 y 302; en el mismo sentido, MITRE GUERRA, Eduardo José, “La protección del agua a través de la tutela penal...”, ob. cit., p. 47

¹¹³⁹ MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p. 116.

¹¹⁴⁰ En este sentido, FUENTES OSORIO sostiene que “la conducta contaminante debe poseer, en relación con el ilícito administrativo, un plus de desvalor. Este requisito se concreta, en el ámbito medioambiental, según el modelo conocido como *doble Standard*. Ahora bien, cuando se habla de este modelo se utiliza en un doble sentido. (a) Por un lado hace referencia, en un sentido estricto, a la existencia de dos niveles de relevancia normativa del acto normativo. (a.1) Primer nivel. Se establece normativamente cuándo la conducta contaminante podrá ser objeto de sanción administrativa. Se hace coincidir con la superación del riesgo permitido por la regulación administrativa (diferencia cualitativa o “valor de contaminación”). Por debajo de esos márgenes la conducta será tolerada a todos los efectos (riesgo permitido). (a.2) Segundo

ataque al bien jurídico. En el mismo tipo del artículo 325 CP, se requiere que mediante dicha contravención se pueda poner en peligro grave a los sistemas naturales¹¹⁴¹. De esta manera, podemos decir que el ámbito penal requiere un plus de injusto¹¹⁴², un sometimiento de gravedad de peligro a los sistemas naturales o a la salud de las personas, es decir, considerando las acciones punibles desde un criterio de gravedad. De lo contrario, el ámbito administrativo será el que se encargue de perseguir la conducta, de modo que nos encontramos ante un mismo bien jurídico, y ante una misma culpabilidad, siendo simplemente en un caso de mayor gravedad que en otro¹¹⁴³. En este sentido se manifiesta la STS 821/2004 de 24 de junio, RJ 2004/5172, considerando que “no basta, pues, cualquier clase de riesgo, pues los no graves podrán dar lugar, en su

nivel. Se fija normativamente cuándo la conducta contaminante podrá ser objeto de sanción penal. Al superar ciertos límites, que siempre tendrán que ser superiores a los previstos en el primer nivel, la conducta estará absolutamente prohibida (diferencia cuantitativa o “valor límite o intolerable”). (b) Por otro lado, dentro del margen cuantitativo, también hay una mención a dos (sub-) niveles. Y así se mantiene que: (b.1) Se exige comprobar que haya una lesión o puesta en peligro concreto de cierta gravedad del medio ambiente. (b.2) Se requiere que la conducta posea capacidad para producir una lesión de cierta gravedad”. FUENTES OSORIO, Juan Luis, “Accesoriedad administrativa y delito ecológico”..., ob. cit., p. 728.

¹¹⁴¹ En este sentido, URRAZA ABAD entiende que aunque el Derecho penal ambiental debe “tener en cuenta en su labor de tipificación la normativa administrativa ambiental, el mero incumplimiento de la misma no ostenta la suficiente relevancia (antijuridicidad material) para poder atribuir a su autor una sanción penal. De ese modo, el ámbito jurídico-penal de punición debe quedar definitivamente establecido por las propias normas penales, mediante la integración de elementos típicos generadores de un especial «*quantum de peligrosidad*», a modo de desvalor añadido al contenido en los preceptos jurídico-administrativos protectores del entorno natural” (URRAZA ABAD, Jesús, “Relaciones Derecho penal-Derecho administrativo en materia de protección penal del medio ambiente: constitucionalidad y contenido material de las remisiones normativas, los conceptos normativos y los conceptos valorativos empleados en el Código penal de 1995”, en *Tomo de Jurisprudencia, La Ley*, N° 4, 1999, p. 1583). Véase, también, TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a, “Protección penal del medio ambiente. Jurisprudencia...”, ob. cit., p. 377; CALVO CHARRO, María, *Escritos de Derecho ambiental...*, ob. cit., p. 272-273.

¹¹⁴² En este sentido, FUENTES OSORIO sostiene que “la activación de la intervención penal requiere un plus de injusto respecto al ilícito administrativo. El Derecho penal será competente cuando la conducta sea administrativamente ilícita y, además, supere los límites de dicha infracción: presenta un desvalor de acción o de resultado superior al administrativo. Referencia material adicional que justifica la intervención penal: son agresiones más graves al bien jurídico de referencia que las ya sancionadas por el Derecho administrativo. Se evita, por consiguiente, una superposición entre el contenido del ilícito administrativo y el penal y la infracción de los principios de fragmentariedad y subsidiariedad” (FUENTES OSORIO, Juan Luis, “Accesoriedad administrativa y delito ecológico”..., ob. cit., p. 716); DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa...*, ob. cit., 74.

¹¹⁴³ CALVO CHARRO, María, *Sanciones medioambientales...*, ob. cit., p. 97.

caso, a respuestas de tipo administrativo”. La STS 821/2004 de 24 de junio, RJ 2004/5172, sostiene que “parece seguro referenciar el criterio de la gravedad del perjuicio a la intensidad del acto contaminante, a la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo”.

En este contexto, TERRADILLOS BASOCO entiende que la “inevitable valoración ha de tener en cuenta que integran el concepto de peligro dos elementos esenciales: probabilidad y carácter negativo de un eventual resultado. La gravedad se ha de deducir, pues, de ambos elementos conjuntamente”¹¹⁴⁴, con lo cual, se niega la tipicidad en los casos que de manera insignificante se afecte al bien jurídico. En efecto, entendemos que no se trata de una cuestión de cualidad, sino de cantidad, siendo los dos ilícitos de la misma naturaleza, distinguiéndose por gravedad, la cual se asocia a la cantidad y, a su vez, a la probabilidad y a la importancia de las consecuencias nocivas, es decir, a la existencia de un alto riesgo, que de materializarse el daño, sea de grandes proporciones¹¹⁴⁵.

También podemos citar la STS 1197/2001 de 20 junio, RJ 2001/7264, la cual mantiene una distinción cuantitativa de los ilícitos, sosteniendo que “la primera parte del argumento se basa, implícitamente, en la suposición de una diversidad esencial (ontológica diría una antigua doctrina) que en la actualidad se considera totalmente abandonada... A todo ello se debe agregar que la identidad esencial de las ilicitudes de delitos, faltas y sanciones administrativas se ve ratificada por la vigencia de los mismos principios constitucionales en uno y otro sector legislativo; en efecto: el Tribunal Constitucional viene sosteniendo desde la STC 18/1981 (RTC 1981, 18), que «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado»”.

¹¹⁴⁴ TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a, “Protección penal del medio ambiente. Jurisprudencia..., ob. cit., p.p. 382-383.

¹¹⁴⁵ Aunque para DEL MORAL GARCÍA, “el criterio es demasiado ambiguo: determinar cuándo el posible perjuicio ha de ser grave y cuándo no, es tarea para la que no se cuenta con pautas fijas y claras. En un terreno en que tanto juegan las concepciones y sensibilidad personal esto supone introducir un margen de inseguridad jurídica –siempre rechazable en materia penal– que no es soportable. Serán en definitiva los Tribunales quienes habrán de realizar esa delimitación” (DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “Aspectos problemáticos en los delitos contra el medio ambiente”..., ob. cit., p. 139).

Con base a lo anterior, entendemos que es necesario para comprender la armonización entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, hacer hincapié en el principio *non bis in idem*, que, como hemos mencionado, impide la existencia de varios castigos a un sujeto por una misma infracción, es decir, varios castigos existiendo identidad de sujeto, hecho y fundamento¹¹⁴⁶. Dichos requisitos se han contemplado en diversas normas, como la LRJAP, que en su artículo 133 establece la prohibición de concurrencia de sanciones, señalando que “no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”.

Como hemos señalado con anterioridad, una de las Sentencias más importantes en este ámbito es la **STC 177/1999**, de 11 de octubre, la cual resuelve controvertidamente, ya que, existiendo una sanción administrativa, la jurisdicción penal también condena, por lo que para evitar una doble sanción, el Tribunal Constitucional consideró la nulidad de la sentencia penal¹¹⁴⁷, debido a que entendió que se transgredió la prevalencia del ámbito penal, puesto que no se consideró el carácter subsidiario y de *ultima ratio* del Derecho penal. Sentencias posteriores modifican su estimación, como la **STC 2/2003**, de 16 de enero, en la cual también se dictó la sanción administrativa mientras el proceso penal estaba en curso, pero en esta ocasión, para evitar la vulneración del principio *non bis in idem*, se absorbió la multa de la sanción administrativa por la pena¹¹⁴⁸.

¹¹⁴⁶ Véase el Capítulo II de este trabajo.

¹¹⁴⁷ Véanse “ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, Dirección del servicio jurídico del Estado”, *Manual de Derecho administrativo...*, Tomo I, 2ª ed., ob. cit., p. 340; PARDO LÓPEZ, María Magnolia “Tutela penal y administrativa del dominio público hidráulico...” ob. cit., p. 132; MUÑOZ CLARES, José, *Ne bis in idem y Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 160-168; GÓMEZ TOMILLO, Manuel/SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho administrativo sancionador...*, ob. cit., p.p. 210-216; ALONSO MAS, María José, *Prevalecía de la vía jurisdiccional penal...*, ob. cit., p.p. 53-65; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción...*, ob. cit., p.p. 119-121; SÁNCHEZ GASCÓN, Alonso, *Duplicidad de sanciones...*, ob. cit., p.p. 29-40; CUBERO MARCOS, José Ignacio, *El principio non bis in idem en Ley...*, ob. cit., p.p. 105-108; REBOLLO PUIG, Manuel y otros, *Derecho administrativo sancionador...*, ob. cit., p.p. 410-411; NAVARRO CARDOSO, Fernando, “El principio *ne bis in idem* a la luz de la Sentencia...”, ob. cit., p. 1219; SÁNCHEZ MELGAR, Julián, “La jurisprudencia penal en materia medioambiental”..., ob. cit., p. 57.

¹¹⁴⁸ Véanse “ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, Dirección del servicio jurídico del Estado”, *Manual de Derecho administrativo...*, Tomo I, 2ª ed., ob. cit., p. 339; NIETO

Podemos citar otras Sentencias referentes al agua y al medioambiente en general, como la STS 152/2012 de 2 de marzo, RJ 2012/3669, sobre contaminación acústica, en la cual se entiende que la “subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad Judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse a favor de la primera”, por lo que la multa impuesta por la Administración debe ser descontada por la condena penal. Como se establece en la Sentencia, “los Jueces que impongan sanciones penales por hechos que podrían haber sido objeto de expediente administrativo deberán tener en cuenta la sanción administrativa ya ejecutada a efectos de su "descuento" de la pena a imponer”. Una situación similar se expuso en la STS 141/2008 de 8 de abril, RJ 2008/1852, sobre vertidos contaminantes, la cual considera que “una solución que minore la cuantía de la multa como sanción penal en la medida de la multa administrativa, no puede considerarse lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en bis in idem sancionador, dado que permite concluir que no ha habido una duplicación -bis- de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el art. 25.1 CE... no basta la mera declaración de imposición de la sanción, si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora, para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento”. También la STS 940/2004 de 22 julio, RJ 2004/7294, mantiene que “en efecto, la existencia de una sanción administrativa no excluye, como lo reflejó el Tribunal a quo en la sentencia recurrida, la posibilidad de la sanción penal, siempre y cuando de la pena impuesta se haya descontado la sanción administrativa de tal forma que la sanción penal resultante sea proporcional a la gravedad del hecho”.

GARCÍA, Alejandro, *Derecho administrativo...*, ob. cit., p. 486; MUÑOZ CLARES, José, *Ne bis in idem y Derecho penal...*, ob. cit., p.p. 175-188; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El principio: non bis in idem...*, ob. cit., p. p. 67-80; SÁNCHEZ GASCÓN, Alonso, *Duplicidad de sanciones...*, ob. cit., p.p. 41-67; CUBERO MARCOS, José Ignacio, *El principio non bis in idem en Ley...*, ob. cit., p.p. 108-112; PÉREZ MANZANO, Mercedes, “El Derecho fundamental a no padecer *bis in idem*...”, ob. cit., p.p. 98-100; RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, “Compatibilidad de la sanción penal con la sanción administrativa”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en Código penal y la legislación especial*, Dir. Patricia Faraldo Cabana, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 132.

No siempre es fácil de observar la vulneración del *non bis in idem*, puesto que se puede incurrir en situaciones similares pero en las que, en realidad, no se encuentra la triple identidad. Esta situación se expone en la STS 47/2011 de 1 de febrero, RJ 2011/465, y es que el recurrente consideró que la “Sentencia de instancia infringe el principio “non bis in idem”, toda vez que sobre los hechos objeto de enjuiciamiento ya existió, según el recurrente, un expediente administrativo que concluyó con Resolución devenida firme”, cuestión que el Supremo desestima, ya que “en el presente caso basta recordar que la exigencia del requisito de coincidencia fáctica entre los supuestos de ambas sanciones, necesario para la aplicación de dicha doctrina, en modo alguno concurre, toda vez que los hechos objeto de las precedentes actuaciones administrativas concluyen en Abril de 2002, mientras que la actividad, constitutiva de infracción penal, enjuiciada en el procedimiento penal se extendió hasta Julio de 2006”, situación similar a la observada en la STS 2005/2002 de 3 diciembre, RJ 2003/294¹¹⁴⁹. De igual forma, la

¹¹⁴⁹ En la STS 2005/2002 de 3 diciembre, RJ 2003/294 se mantiene que “el artículo 25.1 CE consagra el derecho fundamental a la legalidad penal y sancionadora, una de cuyas vertientes es el derecho a no ser sancionado doblemente por unos mismos hechos siempre que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento, sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración que justifique el ejercicio del «ius puniendi» por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración (STC 2/1981 [RTC 1981, 2] citada por la mencionada 177/1999 [RTC 1999, 177]). Añade la última que esta dimensión procesal del principio cobra su pleno sentido a partir de su vertiente material o sustancial que consiste en atribuir al principio «ne bis in idem» la condición de un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del «ius puniendi» del Estado, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental, concluyendo que en el ámbito constitucional «a la hora de tutelar adecuada y eficazmente el derecho fundamental a no ser doblemente castigado “ne bis in idem” que ostentan los ciudadanos y garantiza el artículo 25.1 CE, la dimensión procesal antes referida no puede ser interpretada en oposición a la material, en tanto que esta última atiende no al plano formal, y en definitiva instrumental, del orden de ejercicio o actuación de una u otra potestad punitiva, sino al sustantivo que impide que el sujeto afectado reciba una doble sanción por unos mismos hechos, cuando existe idéntico fundamento para el reproche penal y el administrativo, y no media una relación de sujeción especial del ciudadano con la Administración». La sentencia recurrida no ha vulnerado dicha doctrina teniendo en cuenta que la actividad delictiva ha persistido en el tiempo hasta el mes de diciembre de 1998, como afirma la Audiencia en el fundamento de derecho segundo, es decir, con posterioridad a los hechos afectados por los expedientes administrativos los acusados siguieron realizando la actividad delictiva investigada y que ha sido objeto de la condena judicial, por lo que los hechos castigados penalmente no son coincidentes con los sujetos a sanción administrativa. Se trata de un delito permanente cuya consumación se prolonga en el tiempo y alcanza hasta la cesación efectiva de la actividad ilícita (diciembre de 1998). Además, el argumento del recurrente se contradice, si tenemos en cuenta que admitida la incoación de 25 expedientes administrativos por los mismos hechos, según su línea de defensa, también en este caso se habría producido la

STS 875/2006 de 6 de septiembre, RJ 2006/6593, desestima la violación del principio *non bis in idem*, puesto que se trata de distintos vertidos hechos con posterioridad, es decir, se trataba de una “conducta además de esta conducta –ya juzgada–, en los hechos probados en la presente resolución se recogen nuevos vertidos con posterioridad al año 1998 lo que constituye hechos nuevos no juzgados, que justifican la existencia del delito de desobediencia por el que ha sido condenado con la concurrencia de la agravante de reincidencia por la anterior condena firme”.

En un sentido similar se manifiesta la STS de 4 de noviembre 2011, RJ 2012/1860, en la cual se expone la infracción de una empresa por incurrir en el supuesto descrito en el artículo 116.3f TRLA. Además, la sociedad recurrente alega el quebrantamiento del principio *non bis in idem*, puesto que ya habían sido sancionados previamente, por lo que el TS sostiene que, efectivamente, había recaído una infracción por la misma conducta, pero en distinto periodo, por lo que se considera una infracción continuada, no existiendo una vulneración al principio *non bis in idem*. En la STS de 25 de mayo 2012, RJ 2012/7034, por realizar vertidos sin autorización, infringiendo el artículo 116.3f TRLA y el 317 RDPH, también se alega la vulneración del *non bis in idem*, algo que el Tribunal desestima puesto que se trata de una conducta continuada, mismos vertidos, distinto periodo.

Situación distinta es la expuesta en la STS de 5 de junio 2007, RJ 2007/4827, en donde se infringe el artículo 108d de la antigua Ley de aguas, calificándose como infracción grave por el artículo 317 RDPH, y en la cual el recurrente alega la vulneración del principio *non bis in idem*, por existir un procedimiento penal abierto. El TS considera lo contrario, ya que se tratan de hechos totalmente distintos, pues el procedimiento administrativo trata de unos depósitos sobre cauce y zonas de policía y servidumbre en el Arroyo La Plata, y el procedimiento penal versa sobre una denuncia por inundaciones y daños en una nave de mantenimiento de vehículo pesados.

infracción del principio alegado por cuanto aquéllos inciden sobre la misma actividad, sin que conste que tal hecho haya sido puesto de relieve con anterioridad por el mismo”.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Derecho otorga normas jurídicas que regulan la convivencia dentro de una sociedad, caracterizándose por varias facetas que se regulan mediante distintos sectores normativos. Ello conduce a analizar las relaciones y delimitaciones entre las diversas ramas del Derecho, como el Derecho penal y el Derecho administrativo, que tienen una conexión sumamente atractiva, así como una gran complejidad y dificultad para distinguir un ilícito de otro. Además, en el Derecho penal rige el principio de intervención mínima, un carácter fragmentario y subsidiario, de modo que si dentro del Derecho administrativo sancionador existe una solución jurídica adecuada, se le debe dar prioridad como instancia previa, aplazando la intervención penal a una *ultima ratio*, para proteger los intereses de la sociedad.

SEGUNDA.- La delimitación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador resulta tan compleja como indispensable, ya que de ella va a depender la reacción jurídica que debe aplicarse al sujeto infractor: por una parte, tenemos el Derecho penal, que cuenta con las penas y las medidas de seguridad y, por otra, el Derecho administrativo, que también cuenta con sus sanciones (multas, privación de concesiones, sanciones disciplinarias, etc.). Estos medios preventivos, al ocuparse de figuras próximas entre sí, exigen descifrar una vía para efectuar una distinción. Ello se ha intentado durante muchos años, dando como resultado una serie de criterios que pueden agruparse, fundamentalmente, en tres teorías: la cualitativa, la cuantitativa y la ecléctica. La teoría cualitativa mantiene que las infracciones del Derecho administrativo y las del Derecho penal son distintas cualitativamente, es decir, por naturaleza, no existiendo identidad ontológica o sustancial. En la teoría cuantitativa los ilícitos administrativos y penales contienen una identidad sustancial, basando su diferenciación en la gravedad. La teoría mixta o ecléctica, como su propio nombre indica, se apoya en valoraciones cuantitativas y cualitativas, excluyendo determinados sectores del criterio cuantitativo.

TERCERA.- De esta inquietud también se ha desprendido una nueva valoración, la del daño acumulativo o daño derivado de la repetición. Tiene como protagonista al actor colectivo, estableciendo como potencial destructor no sólo al sujeto individual, sino a la sociedad en conjunto. Aunque desde el punto de vista de los principios propios del Derecho penal este criterio no es admisible, se ha desatado una gran discusión, sobre todo en el ámbito de la tutela del medioambiente, puesto que se cree que es un mecanismo efectivo para la protección del mismo y, como consecuencia de ello, para preservar las condiciones de vida de las generaciones futuras, siendo la gran pregunta: *What if everybody did it?*

CUARTA.- La teoría cuantitativa, a nuestro juicio, es la más acertada, ya que los dos ilícitos emanan de una misma base, son manifestaciones punitivas del Estado y las diferencias en cuanto a su esencia son inexistentes, pues tienen un contenido material y una estructura lógica idénticos. Tanto los delitos como las infracciones administrativas se caracterizan por ser acciones típicas, antijurídicas y culpables, y además su orientación principal es la protección de los bienes jurídicos, a través de figuras de lesión, peligro concreto y peligro abstracto. Su diferencia reside en la gravedad de las acciones punibles y su graduación es valorada mediante la Ley, que tasará la cuantía del ilícito y de la sanción que le corresponde. Además, mediante esta teoría, se puede evitar una sobre-reacción punitiva del Estado, ya que el principio *non bis in idem* puede ser invocado y aplicado coherentemente, y no así mediante otros criterios.

QUINTA.- El principio *non bis in idem* tiene un origen inmemorial, pudiendo encontrarse antecedentes, incluso, en el Derecho romano postclásico. Este principio es de suma importancia para poder comprender la armonización del Derecho penal y el Derecho administrativo, guardando una estrecha relación con el principio de legalidad y de tipicidad, y encontrándose tácitamente contemplado en el artículo 25.1 CE, como lo mantiene una reiterada jurisprudencia del TC. Existen dos vertientes que se le atribuyen al principio *non bis in idem*, la material y la procesal. La primera de ellas busca que nadie sea castigado dos veces por la misma infracción, de manera que impide que recaiga duplicidad de sanciones administrativas y/o penales cuando exista identidad entre sujeto, hecho y fundamento. La segunda pretende que nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos. Estas vertientes han encontrado su respaldo jurisprudencial, desde la STC 2/1981, de 30 de enero, y la STC 77/1983, de 3 de

octubre, respectivamente. Posteriormente, el Tribunal Constitucional ha desarrollado sus consideraciones sobre la aplicación del principio *non bis in idem*, realizando una serie de pronunciamientos que han ido delineando dicho principio. Entre ellos, destaca el de la STC 177/1999, de 11 de octubre, la cual omitió la prioridad del ámbito penal, anulando su Sentencia y dando como válida la resolución administrativa que recayó con anterioridad a la penal, lo que claramente supuso una vulneración sobre el carácter preferencial de la potestad penal. Es evidente que el TC tuvo que enmendar lo establecido con anterioridad, siendo la STC 2/2003, de 16 de enero, la que ya estima la deducción de la sanción administrativa en la sanción penal, entendiendo así que no existe una desproporción por una duplicación de sanciones si la sanción administrativa es absorbida por la penal, además de que una resolución administrativa no puede dejar sin efecto el ámbito penal, como se hizo en un principio.

SEXTA.- A los efectos de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, también es suma importancia el estudio del principio de legalidad en materia penal, cuyos inicios no son del todo claros, pudiéndose remontar a la Edad Media, aunque su impulso más claro y decisivo se produce en la Ilustración. Dicho principio se presenta como una forma de protección del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, es decir, como una garantía que tutela a los ciudadanos mediante la seguridad jurídica y refuerza la división de poderes. El principio de legalidad contiene cuatro garantías: garantía criminal (*nullum crimen sine lege*), garantía penal (*nullum poena sine lege*), garantía jurisdiccional (*Nemo damnetur nisi per legale iudicium*) y garantía de ejecución. Además, el principio de legalidad conlleva las exigencias de la *lex scripta*, *lex praevia*, *lex stricta* y *lex certa*. La reserva de Ley Orgánica, existente en materia penal, plantea serias dificultades en el ámbito de las leyes penales en blanco, que son aquellas que se remiten a otras normas no penales, incluidas disposiciones administrativas. Pero el que se usen las leyes penales en blanco debe ser considerado como un “mal necesario”, y es que el Derecho penal se ve en la necesidad de hacer uso de esta técnica debido a la complejidad y a los constantes cambios que suelen hacerse en materias como el medioambiente. El Tribunal Constitucional ha validado el uso de las leyes penales en blanco, emitiendo diversa Jurisprudencia que ha fijado una serie de condiciones para así no contraponerse al principio de legalidad. Así, a partir de la STC 127/1990, de 5 de julio, se requiere que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además

de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y que sea satisfecha la exigencia de certeza o se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la forma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada. Estas exigencias, a nuestro juicio, resultan acertadas y suficientes.

SÉPTIMA.- Desde tiempos remotos hemos adoptado facetas medioambientales en nuestras costumbres y religiones, y la naturaleza ha jugado un importante papel en el desarrollo de nuestras sociedades. Pero es a partir del desarrollo industrial cuando comienza la preocupación por proteger nuestro entorno, debido a la gran depredación de los recursos naturales que desde entonces hemos llevado a cabo. Posteriormente, con el desarrollo tecnológico, no hemos cambiado nuestros malos hábitos de devastación de la naturaleza, sino que los hemos incrementado, y es por ello que su protección se ha hecho imprescindible e impostergable. Sin duda alguna, la regulación del medioambiente a través del Derecho es necesaria para una eficaz protección y en este sentido, debe ser bien acogido el llamado Derecho ambiental, que puede ser definido como el sector del Derecho que se encarga de regular y proteger el medio natural y urbano, delimitando el uso sostenible de los recursos naturales para satisfacer las necesidades del ser humano sin incidir en el equilibrio ecológico. Esta “nueva rama” del Derecho se integra por un sistema de normas que las entrelaza de forma horizontal y que provienen de las distintas ramas del Derecho, como el administrativo, penal, constitucional e internacional, haciendo del Derecho ambiental un sistema nutrido y de una amplia complejidad.

OCTAVA.- Aunque hemos podido encontrar antecedentes remotos de la protección jurídica del medioambiente, en el antiguo Derecho romano y en el Derecho español, como consecuencia de la influencia del Derecho romano, fue en el siglo XIX cuando comienzan a regularse sectores del medioambiente, con normas referidas a los montes, las aguas, las minas, la caza y la pesca, etc., aunque dicha regulación iba a estar marcada por la ideología liberal y el mercado, satisfaciendo sus amplias necesidades, lo cual hacía que su operatividad estuviese limitada. Pero la concreción global de la protección del medioambiente comienza en el año 1970, que fue declarado “el año de protección de la naturaleza” por las Naciones Unidas, lo que llevó a que este Organismo

comenzara a celebrar Conferencias, Declaraciones y otros instrumentos internacionales que han servido de plataforma para concretar una protección medioambiental a nivel global.

NOVENA.- El Derecho internacional ha tenido una enorme influencia en la protección del medioambiente, incidiendo en las legislaciones nacionales. Se han impulsado Tratados, Convenciones, Declaraciones, Cumbres, etc., y las Naciones Unidas han sido de suma importancia para contrarrestar el problema ambiental mundial. En este sentido, la ONU celebró la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano en 1972, de la cual nació la Declaración de Estocolmo (de carácter antropocéntrico), suponiendo el arranque de la protección internacional del medioambiente. Ello implicó el nacimiento de instituciones como el PNUMA, pero también de otros instrumentos, como la Convención sobre Comercio Internacional Flora y Fauna Amenazadas de 1975, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, la Convención de Viena de 1985, el Protocolo de Montreal de 1987, la Convención de Basilea de 1989, el Convenio de Diversidad Biológica de 1992, por citar algunos de los más relevantes. Un intento similar al de 1972 llegó con la Conferencia de Río, la cual se encaminó a partir del Informe Brundtland de 1987, con el título “Nuestro futuro común”, en donde se acuñó el concepto de desarrollo sostenible o sustentable. De la Conferencia de 1992 nacieron los Convenios de Diversidad Biológica y de Cambio Climático, además de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, así como la Agenda 21. También, en 1997, se impulsó el Protocolo del Convenio marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, más conocido como el Protocolo de Kyoto. En 2002 se celebró la Cumbre de Johannesburgo, conocida como Río +10, y en 2012 la Conferencia de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas o Río +20, de la cual nace un documento no vinculante llamado “El Futuro que Queremos”. A partir de las herramientas internacionales se comienza a dar forma a los Principios de Derecho ambiental, como el principio de cooperación, el principio de prevención, el principio de desarrollo sostenible, el principio de responsabilidad común pero diferenciada, el principio de precaución y el principio “quien contamina paga” o principio de internalización de los costos ambientales. La Unión Europea también se ha involucrado en la problemática medioambiental, otorgando competencias a instituciones europeas para actuar en este ámbito, a través de diversas Directivas que exhortan a los países miembros a introducir a sus respectivas legislaciones la protección del medioambiente.

DÉCIMA.- Es indudable que la Constitución juega un papel primordial en la protección del medioambiente, y es que en su artículo 45 se establece el derecho a todos a disfrutar de un medioambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo, y además se ordena a los poderes públicos velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida, y defender y restaurar el medioambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. Junto a ello, se reconocen e impulsan los instrumentos sancionadores, tanto administrativos como penales. En esta materia, la Constitución adopta una perspectiva antropocéntrica moderada, siendo el ser humano el centro de la protección ambiental, sin dejar de lado la conservación del medioambiente, carácter que incluso el Tribunal Constitucional ha refrendado mediante sus Sentencias, como la 102/1995, de 26 de junio.

DECIMOPRIMERA.- En nuestra opinión, no debe caber la menor duda sobre la importancia de la protección jurídica del medioambiente, por lo que la participación del Derecho debe ser incuestionable, y el Derecho penal no debe quedar al margen. El bien jurídico es un valor esencial para el ser humano y para la sociedad, por lo que el medioambiente debe considerarse como ese valor esencial que reside en los componentes necesarios para que exista la vida, protegiendo así, el medio natural y urbano. El medioambiente tiene que ser considerado como un bien jurídico colectivo y se debe proteger como tal. Si bien la defensa de la salud y la vida están relacionadas con la protección al medioambiente, estos bienes no son el objetivo primordial de su defensa. Y es que, hoy en día, no debe cuestionarse si estamos ante un bien jurídico o no, o si lo que se defiende es otro bien jurídico y no el medioambiente, pues su protección es indispensable e impostergable. El Derecho penal no puede quedar al margen de las nuevas realidades sociales, entre las que, sin duda, el medioambiente ostenta un papel primordial.

DECIMOSEGUNDA.- El Derecho administrativo es de suma importancia para la protección del medioambiente y la regulación de los recursos naturales, y es que si bien este sector del Derecho se encarga de regular la organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas, así como el ejercicio de los poderes que a éstas se les

confiere, además de su relación con los administrados, es considerado como el sector activo más importante en la gestión y protección del ambiente. De este modo, el Derecho administrativo tiene como uno de sus objetivos la prevención de daños ambientales, haciendo uso de sus instrumentos jurídicos que se orientan a la prestación, limitación y al fomento. Cuando estos instrumentos han fallado, es cuando entra en juego la responsabilidad por daños, considerándose una protección subsidiaria, con el objetivo de reforzar la protección ambiental.

DECIMOTERCERA.- Dentro de los recursos naturales, el agua tiene la mayor relevancia para soportar la vida en nuestro planeta. Son indispensables tres atributos que debe contener el agua: cantidad, calidad y disponibilidad. En esta materia, los datos que muestran instituciones como la ONU son alarmantes, ya que el 17% de la población humana no tiene acceso al agua potable, y alrededor del 40% de la población carece de un servicio de saneamiento adecuado. Además, la OMS ha señalado que aproximadamente 1, 600, 000 niños menores de cinco años murieron en el año 2005 por falta de agua. Se estima que para el año 2050 uno de cada cuatro personas vivirá en un país afectado por la escasez de agua. Uno de los principales problemas es la contaminación que proviene de los desechos industriales y químicos, fertilizantes y pesticidas de la agricultura, así como los desechos humanos, lo que aumenta la probabilidad de enfermedades y muertes. Actualmente, más de la mitad de los principales ríos del mundo están gravemente agotados y contaminados. Como consecuencia de la contaminación de los recursos hídricos, se estima que al año mueren alrededor de 5 millones de personas.

DECIMOCUARTA.- El volumen de agua en la Tierra es de unos 1, 360 millones de kilómetros cúbicos, lo que significa que el planeta está compuesto de un 70% de agua. Tan sólo el 2.5% es agua dulce, y el 97.5% es salada. Del porcentaje de agua dulce existente en el planeta, el 68.9% se encuentra almacenada en forma de hielo, el 30.8% está acumulada bajo la superficie terrestre y solamente el 0.3% restante del agua dulce corresponde al agua superficial que forma los arroyos, ríos, lagos, etc. La desigual distribución de las reservas de agua en el mundo y el crecimiento demográfico complican aún más el abastecimiento de agua para todos los habitantes.

DECIMOQUINTA.- El agua ha sido y está siendo objeto de un gran debate para garantizar su buen estado y mejorar el ya dañado. Se sabe que su problemática a nivel mundial es muy grave y que las acciones internacionales son elementales para su cuidado y protección, por lo que se han impulsado legislaciones nacionales, acuerdos, pactos y convenciones internacionales para difundir su condición y además encontrar soluciones con el fin de contrarrestar su problemática. A nivel mundial, desde el Derecho se ha buscado tanto su protección y regulación, como su acceso y abastecimiento, situando ambas dimensiones en el Derecho de aguas y en el derecho al agua. El derecho al agua lo que busca es garantizar el acceso a una cantidad de agua indispensable que abarque las necesidades básicas humanas y que garantice una vida digna y saludable. Ello sería entendido como un derecho fundamental, que para alcanzarlo se necesita una gestión equitativa y sostenible mediante el Derecho de aguas. En pocas palabras, uno se encarga del acceso y el otro de la gestión y protección.

DECIMOSEXTA.- La problemática del agua ha sido abordada mediante distintas acciones y documentos internacionales. La que se considera el punto de partida para la política mundial del agua es la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en Mar del Plata, Argentina en 1977, de la que nació la Declaración que estableció la “Década Internacional del Agua y el Saneamiento Ambiental (1981 – 1990)” con el slogan “Agua y Saneamiento para todos”. Desde entonces, la ONU ha emitido numerosos documentos en donde se ha reiterado la necesidad de garantizar el acceso al agua potable limpia, creando programas como el UN-WATER, en el año 2003, mediante el cual se estableció un nuevo Decenio Internacional para la Acción “El agua fuente de vida, 2005-2015”. Otros instrumentos internacionales importantes son: la Convención de Nueva York sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación de 1997, la Convención de Helsinki sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales de 1992, la Declaración de Dublín sobre Agua y Desarrollo Sostenible, originada a partir de la Conferencia Internacional sobre Agua y Medio Ambiente de 1992, la Conferencia Internacional sobre Agua Dulce de Bonn de 2001. De forma parcial, el agua ha sido objeto de consideración dentro de otros instrumentos, como en la Declaración de Estocolmo de 1972, en su Principio 2, y en la Agenda 21 (adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente de Río de Janeiro en 1992), cuyo capítulo 18 esta dedicado a la protección de la calidad y el

suministro del agua. También se encuentran los instrumentos que no nacieron para proteger al agua y ni siquiera el medioambiente, pero que contienen algún tipo de alusión, como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 25 párrafo 1º, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su artículo 11 párrafo 1º y artículo 12 párrafo 1 y 2 c.

El Plan de Implementación de la Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible (Johannesburgo 2002) contiene un Programa de Acción para alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio, y en particular uno: reducir a la mitad el número de personas sin acceso a agua potable segura para 2015. Mediante el objetivo número 7 de los ODM, se busca garantizar la sustentabilidad del medioambiente y para ello se impulsa la reducción a la mitad del porcentaje de personas que carecen de acceso al agua potable y a servicios de saneamiento para el año 2015, así como el tratamiento y eliminación de aguas residuales, para mejorar los ecosistemas y contribuir con la preservación de los recursos hídricos, sobre todo en donde son escasos.

También los Foros Mundiales del Agua son una forma importante de difundir y promover la protección del agua. Desde 1997 se organizan cada 3 años en diferentes países del mundo y hasta el momento se han llevado a cabo 6 Foros: Marrakech, Marruecos (1997); La Haya, Países Bajos (2000); Kyoto, Shiga y Osaka, Japón (2003); México DF (2006); Estambul, Turquía (2009); Marsella, Francia (2012); y el próximo será en Daegu-Gyeongbuk, Corea del Sur (2015).

Además, en 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 64/292, reconoció como un derecho humano el agua potable y el saneamiento, y ese mismo año declaró el año 2013 como el Año Internacional de la Cooperación en materia de agua 2013 (International Year of Water Cooperation).

DECIMOSÉPTIMA.- La Unión Europea no ha estado al margen de la protección de los recursos hídricos, ya que ha impulsado políticas ambientales para proteger el agua, así como diversas normativas y resoluciones. En este sentido, podemos destacar la Resolución del Consejo de 7 de febrero de 1983, en materia de lucha contra la contaminación de las aguas; la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, titulada “Política de tarificación y uso

sostenible de los recursos hídricos” del 27 de julio de 2000 COM (2000): “El agua constituye una de las prioridades ambientales de la Comisión Europea”. También ha emitido Directivas sobre la regulación de los vertidos, sobre objetivos y parámetros de calidad de las aguas, sobre contaminación de las aguas causada por fuentes difusas, sobre el control de vertidos de hidrocarburos y otras sustancias peligrosas en el mar.

Podemos destacar las Directivas 76/464 y 80/68, pero sobre todo la Directiva Marco de Aguas 2000/60/CE, que incide en la mayoría de las Directivas anteriores. Esta Directiva tiene como objetivo la creación de un marco legislativo coherente, global y transparente en la gestión de las aguas comunitarias, además de un planteamiento sobre la protección de las aguas a través de un enfoque general, acorde con el desarrollo sostenible. La DMA tiene importantes repercusiones en los distintos Ordenamientos jurídicos europeos, y el español no es la excepción, sobre todo en sus objetivos de protección, habiendo implementado su transposición mediante el artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, “de medidas fiscales, administrativas y del orden social”, el cual modifica el TRLA.

DECIMOCTAVA.- España, ni mucho menos, esta exenta de problemas hídricos, ya que cuenta con una disponibilidad promedio baja de recursos hídricos, 3, 000 m³ per cápita. Además, posee una escorrentía media anual de aproximadamente 111, 000 hm³, lo que dividido por el territorio español equivale a una media anual de 220 mm, cifra inferior a la europea e incluso mundial. Al igual que muchas regiones del mundo, el territorio español presenta una distribución inequitativa del agua, siendo el territorio de la Cornisa Cantábrica la que cuenta con mayor cantidad de escorrentía, con más de 700 mm/año. Las demás cuencas no superan los 250 mm/año, y la cuenca del Segura es la que posee menor cantidad, con menos de 50 mm/año. El 33% de los cauces de agua en España se encuentran seriamente afectados por la contaminación. Solamente el 11% de las aguas superficiales y el 16% de las aguas subterráneas poseen las condiciones necesarias para cumplir los objetivos que impone la DMA. Los tres principales usos en España (urbano, industrial y agrícola) causan graves problemas de contaminación de los recursos hídricos. Los vertidos que provienen de la industria son los más tóxicos y peligrosos; los urbanos no contienen esa toxicidad, pero su peligro consiste en que se trata de vertidos de gran volumen; los producidos en el sector agrícola y ganadero

contaminan principalmente las aguas subterráneas, por lo que se crea una contaminación difusa.

DECIMONOVENA.- Al igual que el medioambiente, el agua ha sido parte fundamental para el desarrollo de la humanidad, pudiéndose encontrar antecedentes de su regulación ya en el Derecho romano, como en el Digesto de Justiniano. Pero en España, la regulación hídrica como tal comienza a partir de la *Ley de aguas de 3 de agosto de 1866* y, más tarde, en la *Ley de Aguas de 13 de junio de 1879*. Posteriormente, llegaría el *Real Decreto de 21 de marzo de 1895*, sobre defensa de las aguas contra contaminaciones. Ya en el siglo XX, se dictaron varias disposiciones para la protección de las aguas continentales, como el *RD de 16 de noviembre de 1900* “sobre enturbiamiento e infección de aguas y sobre aterramiento y ocupación de los cauces con los líquidos procedentes del lavado de minerales o con los residuos de las fábricas”; el *Reglamento de policía de aguas y sus cauces*, aprobado por *Decreto de 14 de noviembre de 1958*; la *Orden de 4 de septiembre de 1959*, reguladora del vertido de aguas residuales; los *Decretos de 18 de enero y 26 de diciembre de 1968*, los cuales prohibieron el uso de detergentes no biodegradables, entre otras disposiciones.

Pero el interés actual por la protección de los recursos hídricos proviene de la Constitución de 1975, de su artículo 45, pilar medioambiental en la legislación española, así como también del artículo 132, apartados 1º y 2º, relativo a los bienes de dominio público, y de los artículos 148.1.10ª y 149.1.22ª, relativos a las competencias exclusivas del Estado y de las Comunidades Autónomas, tomando en consideración el uso y aprovechamiento de los recursos hídricos.

A partir de la Constitución, nace la LA 29/1985, la cual fue desarrollada por el RDPH (Real Decreto 489/1986, de 11 de abril), que fue modificado profundamente por la Ley 46/1999, por lo que después nace el TRLA 1/2001, de 20 de junio, que actualmente es la norma que regula el dominio público hidráulico en España. Éste se compone de las aguas continentales superficiales y subterráneas renovables, los cauces de corrientes naturales, continuas y discontinuas, los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos, los acuíferos y las aguas procedentes de la desalación de agua de mar.

VIGÉSIMA.- En nuestro estudio, planteamos la división de los instrumentos jurídicos para cuidar la calidad y cantidad de las aguas en tres grupos: el primero son las medidas previas o “*ex ante*”, el segundo es la *conservación y mejora*, y el tercero son las *medidas sancionadoras o “ex post”*. En primer lugar, debemos considerar las medidas previas o “*ex ante*” como “una técnica con miras hacia el futuro”, anticipando los daños, siendo de gran ayuda para la colectividad. En este caso, incluimos dos medidas: la evaluación de impacto ambiental y la planificación hidrológica. En segundo lugar, las medidas de conservación y mejoramiento son el epicentro para el cuidado de los recursos hídricos, dentro de las cuales podemos observar tres instrumentos esenciales que posee el Derecho de aguas: las autorizaciones, los cánones y el saneamiento. En tercer lugar, se encuentran las medidas sancionadoras o “*ex post*”, que se encuentran amparadas por el Derecho penal y en Derecho administrativo, mediante sus instrumentos de sanción. Ello nos lleva al continuo conflicto entre las infracciones administrativas y penales cuando tratan conductas similares, y es que su delimitación frecuentemente no es clara, dificultando la armonización y graduación de sus intervenciones. Este conflicto se ha visto agravado por la gran expansión que ha tenido el Derecho penal, que le ha llevado a compartir territorios tradicionales de otros Ordenamientos como el administrativo, en este caso, el medioambiental y en concreto, el agua, lo que ha puesto en entredicho el principio de intervención mínima. Pero debemos insistir en la sanción administrativa como un paso previo a la penal y en evitar la dualidad de sanciones dualidad de sanciones mediante el principio *non bis in idem*.

VIGESIMOPRIMERA.- Para garantizar la protección del medioambiente son necesarias las sanciones administrativas como parte de los instrumentos encaminados a prevenir daños ambientales. Las infracciones administrativas responden a actos como el desarrollo de actividades sin la autorización necesaria, exceder los límites que la autorización amparaba, incumplir la obligación de comunicación (declaraciones), puesta en peligro del medioambiente, producir daños a los elementos ambientales, etc. Aunque por lo general las infracciones ambientales se clasifican en leves, graves o muy graves, en el ámbito de las aguas el TRLA las califica como infracciones leves, menos leves, graves y muy graves; y la Ley de Costas solamente en infracciones leves o graves, reflejando así una falta de armonización en la legislación administrativa. No obstante, como establece la LRJAP (artículo 131.3), las sanciones administrativas deben resultar adecuadas a la gravedad del hecho, lo que resulta acorde con el principio de

proporcionalidad. Las sanciones administrativas en este ámbito pueden ser la retirada temporal o definitiva de la autorización, la paralización total o parcial, temporal o definitiva de la actividad, el cierre total o parcial, temporal o definitivo de las instalaciones, y la multa. Esta última es la sanción más común, además de que ha experimentado un endurecimiento que en algunos casos llega a cantidades millonarias. Estos supuestos se encuentran dirigidos a las grandes empresas, para evitar que se internalice en los costes de producción, viéndose así superado cualquier beneficio obtenido por la actividad ilícita; en otras palabras, “evitar su rentabilidad”, algo previsto en la LRJAP (artículo 131.2).

VIGESIMOSEGUNDA.- En materia de aguas, las infracciones y sanciones se encuentran establecidas en el TRLA (artículos 116 a 121bis) y en el RDPH (artículos 314 a 340). En su tipificación en el TRLA (artículo 116.3) se castigan acciones que causen daños a los bienes de dominio público hidráulico y a las obras hidráulicas; la derivación de agua de sus cauces y el alumbramiento de aguas subterráneas sin la correspondiente concesión o autorización cuando sea precisa; el incumplimiento de las condiciones impuestas en las concesiones y autorizaciones administrativas, sin perjuicio de su caducidad, revocación o suspensión; la ejecución, sin la debida autorización administrativa, de otras obras, trabajos, siembras o plantaciones en los cauces públicos o en las zonas sujetas legalmente a algún tipo de limitación en su destino o uso; la invasión, la ocupación o la extracción de áridos de los cauces, sin la correspondiente autorización; los vertidos que puedan deteriorar la calidad del agua o las condiciones de desagüe del cauce receptor, efectuados sin contar con la autorización correspondiente; el incumplimiento de las prohibiciones establecidas en el TRLA o la omisión de los actos a que obliga; la apertura de pozos y la instalación en los mismos de instrumentos para la extracción de aguas subterráneas sin disponer previamente de concesión o autorización del Organismo de cuenca para la extracción de las agua; la no presentación de declaración responsable o el incumplimiento de las previsiones contenidas en la declaración responsable para el ejercicio de una determinada actividad o de las condiciones impuestas por la Administración para el ejercicio de la misma, la inexactitud, falsedad u omisión en los datos, manifestaciones o documentos que se incorporen o acompañen a la declaración responsable. Ello se complementa con el RDPH, que especifica cuales son las conductas que constituyen las infracciones *leves* en

el artículo 315, las infracciones *menos graves* en el artículo 316, y en el artículo 317 las infracciones *graves o muy graves*.

VIGESIMOTERCERA.- Los recursos hídricos no se encuentran exentos de tutela en el ámbito penal y así, el artículo 325 del Código penal contempla la defensa aguas continentales (terrestres y subterráneas) de acciones contaminantes, como vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, inyecciones o depósitos, así como captaciones de aguas, que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, siempre y cuando se contravengan lo que las Leyes y disposiciones administrativas dispongan (TRLA y el RDPH), estableciéndose penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años.

VIGESIMOCUARTA.- Como ya hemos señalado anteriormente, el medioambiente es un bien jurídico colectivo, en tanto que el agua se configura como objeto material. La fragmentación del medioambiente en una diversidad de bienes jurídicos es poco conveniente, puesto que ello convertiría a la protección ambiental en algo confuso e incluso inabarcable, problema que ya enfrenta la regulación administrativa. Los sistemas naturales o el medioambiente son un conjunto natural que engloba todos sus componentes, por lo que no existe la necesidad de otorgar autonomía a cada uno de sus elementos. El agua es el más importante recurso natural, pero entendemos que el medioambiente debe ser considerado como el bien jurídico, y el elemento natural, en este caso el agua, como el objeto material u objeto de la acción.

VIGESIMOQUINTA.- El delito medioambiental es considerado como un delito común, y es que no se exigen elementos especiales o condiciones de autoría, por lo que puede cometerlo cualquiera. Sin embargo, lo más habitual es que sea cometido en el ámbito empresarial, en el seno de personas jurídicas. Esta responsabilidad penal de las personas jurídicas (artículo 31bis CP) se introduce al Código penal español mediante la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, desechándose el aforismo “*societas delinquere non potest*”. Este nuevo artículo (31bis CP) y la reforma contienen tres características clave: en primer lugar, las personas jurídicas pueden responder por hechos delictivos, una responsabilidad penal autónoma, y no de las personas físicas que actúen en su seno; en segundo lugar, se ha establecido un catálogo cerrado, un *numerus clausus*, de delitos en

los que la persona jurídica puede actuar como sujeto activo; por último, la sanción pecuniaria es la que tiene un predominio sobre las otras sanciones que se pueden aplicar. El sistema penal español se inclina por adoptar un modelo mixto de imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica: por un lado, está el modelo de transferencia de la responsabilidad y, por otro, está el modelo de culpabilidad de la empresa. Esta reforma en el ámbito medioambiental ha tenido una gran incidencia, al dotar de un nuevo contenido al artículo 327 CP, introduciendo directamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los supuesto de los artículos 325 y 326 CP, siempre y cuando se cumpla lo establecido en el artículo 31bis. A la persona jurídica se le pueden imponer, además de la multa, penas como: la disolución de la persona jurídica, suspensión de sus actividades, clausura de sus locales y establecimientos, prohibición de actividades, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, e intervención judicial. Con esta reforma del CP se otorga, sin duda, un mayor respaldo a la protección del medioambiente, ya que en la mayoría de los casos en los que se atenta contra los recursos naturales aparecen implicadas por personas jurídicas, además de ser de una mayor envergadura, lo que exigía una respuesta penal específica. Además, se ha reforzado la prevención general en el Derecho penal medioambiental, y es que anteriormente se ponía en duda su eficacia debido a que se observaba la pena asociada al delito medioambiental como una pena de posible no cumplimiento, incluso superada por las multas en vía administrativa. Por ello, la agravación de la pena para las personas físicas hace que se trate de una pena no susceptible de suspensión, otorgando así una mayor protección.

VIGESIMOSEXTA.- La referencia del artículo 325 CP a la “contravención de las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente” determina que nos encontremos ante una ley penal en blanco, cubriéndose el vacío existente de la Ley penal, en el caso que nos ocupa, con el TRLA y RDPH. Las condiciones para no contraponerse al principio de legalidad pueden observarse en el artículo 325 CP, por lo que se cumplen los requisitos exigidos por la Jurisprudencia constitucional.

VIGESIMOSÉPTIMA.- La conducta contaminante en el agua consistirá en que se “provoque o realice” de manera “directa o indirectamente vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, inyecciones o depósitos” en las aguas

continentales (terrestres y subterráneas), así como “captaciones de aguas”. Desde nuestra perspectiva, los dos verbos nucleares «realizar» y «provocar» se están utilizando como sinónimos, en el sentido de causar, originar, producir u ocasionar cualquiera de las formas de contaminación (vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, inyecciones o depósitos, captaciones de aguas). Si bien los vertidos son la forma de contaminación más común en los recursos hídricos, las radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, inyecciones o depósitos, y las captaciones de aguas (debemos omitir los ruidos y las vibraciones, ya que no tienen cabida como formas de contaminación del agua, y tampoco tiene mucho sentido incluir las emisiones, debido a que se realizan a la atmósfera, usualmente, en forma de humos que expulsan las industrias) son otras formas de contaminación de las aguas, que aunque se trata de acciones menos frecuentes, no dejan de ser acciones peligrosas que, si no son controladas, pueden perjudicar gravemente los recursos hídricos.

VIGESIMOCTAVA.- La exigencia de creación de una situación de peligro grave para el equilibrio de los sistemas naturales, refleja claramente uno de los pilares básicos del Derecho ambiental, la prevención, ya que la barrera de protección se anticipa a una lesión del bien jurídico, por lo que estamos ante un delito de peligro. La doctrina en España ha discutido si nos encontramos ante un peligro concreto, abstracto o incluso hipotético. En nuestro estudio consideramos que el delito medioambiental es de peligro abstracto, de mera actividad e idoneidad *ex ante*, debido a varias razones: en primer lugar, en el tipo no se recoge expresamente el peligro concreto, como es habitual en los delitos considerados como tales. En segundo lugar, si calificamos al delito medioambiental como un delito de peligro concreto nos encontraremos ante una situación de prueba prácticamente imposible, y sin duda la intervención penal se producirá en un momento tardío. Entendemos que simplemente basta con comprobar que la conducta es idónea para afectar el bien jurídico. En tercer lugar, cuando se trata de bienes jurídicos colectivos, la barrera punitiva debe ser adelantada para poder protegerlos de una forma eficaz, por lo que una consideración de delito de peligro concreto resultaría insatisfactoria, siendo el peligro abstracto lo más adecuado. Por último, la categoría de peligro hipotético hace pensar que estamos ante una configuración para eludir las barreras dogmáticas y legales que se puedan presentar mediante la configuración como peligro concreto o peligro abstracto, una mezcla en donde todo cabe y todo es posible. Además, como consecuencia de su consideración

como un delito de mera actividad, en el cual no existe un resultado separable de la acción, no sería posible hablar de comisión por omisión mediante la posición de garante en el delito medioambiental, ya que no puede aplicarse el artículo 11 CP (los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado).

VIGESIMONOVENA.- En el delito medioambiental podemos encontrarnos frente a causas de justificación, fundamentalmente por el ejercicio legítimo de un derecho. Ese derecho puede ser otorgado mediante la autorización administrativa de vertido, que facultaría, dentro de ciertos límites, para contaminar las aguas.

TRIGÉSIMA.- En el ámbito subjetivo, la conducta del artículo 325 CP requiere que se realice de modo doloso, pero también a través del artículo 331 CP se castiga la imprudencia grave. El hecho de que se exija el dolo en el artículo 325 CP exige que el sujeto activo tenga conciencia y voluntad de realizar los elementos previstos en el tipo objetivo. Ahora bien, en la inmensa mayoría de los supuestos, el objetivo primordial o inmediato en este tipo de delitos no es la contaminación en sí, sino que mediante otros objetivos primarios se llega a la acción de contaminar. En tales casos, cabe apreciar tanto el dolo directo en segundo grado (sujeto advierte como necesaria la realización del tipo objetivo y aunque no la busca directamente, la acepta), como el dolo eventual (sujeto advierte como probable la realización del tipo objetivo y aunque no la persigue directamente, la asume). El delito medioambiental también puede ser realizado sin conciencia y voluntad, infringiendo el cuidado debido, pero no solo eso, sino que además, al tratarse de imprudencia grave, se requiere la omisión del cuidado más elemental, es decir, el no adoptar las medidas más básicas de diligencia y atención, que pondrían incluso las personas menos diligentes y cuidadosas. Dentro del delito medioambiental, puede invocarse el error, tanto de tipo como de prohibición, aunque resulta difícil que prospere, sobre todo cuando se trata de empresarios y profesionales del sector. El caso más discutido es el relativo a la posesión de una autorización administrativa, formalmente válida pero ilícita en cuanto al fondo, es decir, no ajustada en su contenido a las normas ambientales. Aunque el error sobre las causas de justificación debe resolverse como un error de prohibición indirecto, a nuestro juicio, en estos casos se produciría igualmente la ausencia de conocimiento de un elemento objetivo del tipo, esto es, el relativo a la contravención de “las leyes” u otras disposiciones de carácter general protectoras del medioambiente. Dado que este error ya

afectaría a la propia tipicidad, ello posibilita apreciar un error de tipo (artículo 14.1 CP), invencible o vencible, según proceda.

TRIGESIMOPRIMERA.- Los diferentes tipos cualificados que se recogen en el artículo 326 CP son aplicables en materia de aguas. Estas agravaciones no pueden ser acumulativas cuando se presente más de un hecho cualificante, por lo que solamente se podrá imponer la pena superior en grado, sin posibilidad de seguir aumentando la pena un grado por cada circunstancia que se acumule, y como consecuencia, cuando se presente más de una, el juez deberá ser quien tenga en consideración la situación en el ámbito de determinación de la pena concreta que haya que imponer.

TRIGESIMOSEGUNDA.- El TRLA y el RDPH contemplan situaciones de gran similitud, sobre todo aquellas que prevén como infracciones graves y muy graves, con el delito medioambiental, y como consecuencia ello se puede incurrir en la vulneración del *non bis in idem*. En dichas normativas se encuentran previstas conductas como el operar sin haber obtenido la autorización o aprobación administrativa (artículos 326.a CP, 116.3.b, 116.3.d, 116.3.e y 116.3.f TRLA, 315.c, 315.d, 316.c, 316.e, 316.g y 317 RDPH), la falsead, ocultamiento, inexactitud u omisión de información a la Administración sobre las actividades contaminantes (artículos 326.c CP, 116.3.j TRLA, 315.k, 316.h y 317 RDPH), daños al dominio público hidráulico (326.e CP, 116.a TRLA, 315.a, 316.a y 317 RDPH), la extracción ilegal (327.f CP, 116.3.h TRLA), o inclusive el incumplimiento de la norma medioambiental (325 CP, 116.3.g TRLA, 315.i y 317 RDPH). Estos supuestos, debido a su similitud, pueden llevar a la confusión, confirmando esta complicada relación entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal. Pero ello no nos debe llevar a apreciarlas como infracciones de diferente esencia, ya que nos encontramos ante ilícitos de naturaleza idéntica, que contienen una identidad sustancial, y por lo tanto, lo que va a diferenciarlos es un criterio cuantitativo de gravedad, que hemos asociado a la probabilidad de riesgo y a la importancia de las consecuencias nocivas. La adopción de un criterio cuantitativo a la hora de delimitar el ilícito penal y el ilícito administrativo, determina la aplicación coherente del principio *non bis in idem*, evitando un doble enjuiciamiento o una doble sanción y, por ende, una desproporción y arbitrariedad por parte del sistema punitivo del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

“ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, Dirección del servicio jurídico del Estado”, *Manual de Derecho administrativo sancionador. Tomo I*, 2ª ed., Ed. Thomson Reuters, Navarra, 2009.

ABOITES AGUILAR, Luis, *La decadencia del agua de la nación. Estudio sobre desigualdad social y cambio político en México. Segunda mitad del siglo XX*, Ed. El Colegio de México, México D.F., 2009.

ABOSO, Gustavo Eduardo, *Los límites de la autoría mediata*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2012.

ACALE SÁNCHEZ, María, *El tipo injusto en los delitos de mera actividad*, Ed. Comares, Granada, 2000.

ACALE SÁNCHEZ, María, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Tomo IV*, Ed. Iustel, Madrid, 2012.

ADAME GODDARD, Jorge, “Las Sentencias de Paulo”, en *Cuadernos del Instituto de investigaciones jurídicas. Literatura histórico-jurídica mexicana*, Ed. IIJ-UNAM, México, 1987.

ADAME MARTÍNEZ, Francisco, “Régimen económico-financiero”, en *Conflictos jurídicos en la gestión y uso del agua*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

ADEEL Zafar, “UN-Water: United Nation’s response to the global water crisis”, en *Revista Ingeniería y territorio*, N° 91, 2010.

AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, *El agua en Europa: una evaluación basada en indicadores. Resumen*, Copenhague, 2003.

AGUADO I CUDOLÀ, Vinceç, “El régimen administrativo sancionador en materia de aguas: un instrumento de protección del dominio público hidráulico y de un uso adecuado de los recursos hídricos”, en *El agua: estudios interdisciplinares*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009.

AGUILAR RIVERA, José Antonio, *En pos de la quimera. Reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico*, Ed. Fondo de cultura económica, México, 2000.

ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen, *El delito de contaminación ambiental. Artículo 325.1 del Código penal*, Ed. Comares, Granada, 2004.

ALASTUEY DOBÓN, M^a Carmen, “Delito ecológico y aguas continentales” en *Diccionario de Derecho de Aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.

ALBRECHT, Peter-Alexis, “El Derecho penal en la intervención de la Política populista”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2000.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “La protección del futuro y los daños cumulativos”, En *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 4, 2002.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Ed. Atelier, Barcelona, 2003.

ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín/CASADO RAIGÓN, Rafael, *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011.

ALEMÁN ALONSO, Jesús Javier, “De la sociedad del riesgo al desmantelamiento del estado de bienestar”, en *Revista Dilemata*, Nº 11, 2013.

ALENZA GARCÍA, José Francisco, “Vertidos y autorización integrada”, en *Nuevo Derecho de aguas*, Ed. Thomson-Cívitas, Navarra, 2007.

ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, “El plan hidrológico nacional y la evaluación de impacto ambiental estratégica”, en *El Derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, T. I, Ed. Cívitas, Madrid, 2002.

ALMELA VICH, Carlos, “El medio ambiente y su protección penal” en *Actualidad penal*, 1998-1.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos”, en *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXIX, 2009.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Trama de la vida y protección penal del ambiente”, en *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Derecho penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos (Derecho penal mínimo máximo)”, en *Revista Penal*, Nº 32, 2013.

ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina/ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, *Fundamentos de Derecho penal*, Ed. Universitas, Madrid, 2010.

ALONSO GARCÍA, Enrique, “Concepto de medio ambiente como el objeto del Derecho: el ámbito del Derecho ambiental”, en *Diccionario de Derecho ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006.

ALONSO GARCÍA, M^a. Consuelo, “Atmósfera, protección”, en *Diccionario de Derecho ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006.

ALONSO MAS, María José, *Prevalecía de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier, “Bien jurídico y Constitución”, en *Cuadernos de política criminal*, Nº 43, 1991.

ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier, *Sobre el principio de legalidad*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009.

ÁLVAREZ RICO, Manuel, “La contaminación de las aguas superficiales”, en *Derecho y medio ambiente*, CEOTMA, Madrid, 1981.

AMENDOLA, Gianfranco, *La tutela penale dall'inquinamento idrico*, Ed. Giuffrè, Milano, 1989.

AMÉRIGO, María/ARAGONÉS, Juan Ignacio/FRUTOS, Belinda de, y otros, “Underlying dimensions of ecocentric and anthropocentric environmental beliefs”, en *The spanish journal of psychology*, Vol. 10, Nº1, 2007.

AMÉRIGO, María, “Concepciones del ser humano y la naturaleza desde el antropocentrismo y el biosferismo”, en *Medio ambiente y comportamiento humano: Revista internacional de psicología ambiental*, Vol. 10, Nº 3, 2009.

ANTÓN ONECA, JOSÉ/RODRÍGUEZ MUÑOZ, José, *Derecho penal. Parte general, Tomo I*, Madrid, 1949.

ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, Ed. Akal/Iure, 2ªed., Madrid, 1986.

ARMENDÁRIZ LEÓN, Carmen, “Alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad”, en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Coord. Molina Blázquez, Mª Concepción, Ed. Bosch, Barcelona, 2005.

ARIAS EIBE, Manuel José, *El error en Derecho penal en el Código de 1995*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

ARTAZA VARELA, Osvaldo, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*, Ed. Marcial pons, Madrid, 2013.

ATILIO FALCONE, Roberto, “Algunas notas sobre el objeto procesal penal y la prohibición del *ne bis in idem*”, en *Revista de Derecho penal*, Nº 16, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2005.

AURA Y LARIOS DE MEDRANO, Adela M., *La regulación internacional del agua dulce*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

BACIGALUPO, Enrique, “La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente”, en *Estudios penales y criminológicos*, V, 1982.

BACIGALUPO, Enrique, *Tipo y error*, Ed. Hammurabi, 2ª ed., Buenos Aires, 1988.

BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte general*, Ed. Akal, 5ª ed., Madrid, 1998.

BACIGALUPO, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, “La necesidad de armonización del Derecho sancionador penal y administrativo: Principio de legalidad y remisión normativa en leyes penales en blanco”, en *Política fiscal y delitos contra hacienda pública*, Dir. Miguel Bajo Fernández, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2007.

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, “La responsabilidad penal de los entes colectivos: *societas delinquere non potest!*”, en *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “La unidad del Derecho sancionador”, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, Tomo IV, Ed. Cívitas, Madrid, 2002.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Derecho penal económico*, 2ª ed., Editorial Ramón Areces, Madrid, 2010.

BALDOMINO DÍAZ, Raúl A., “(Ir)retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una ley penal en blanco”, en *Política criminal*, N° 7, Chile, 2009.

BANACLOCHE PALAO, Julio, “Introducción”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. La Ley, Madrid, 2011.

BAIGÚN, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2007.

BARRETO ARDILA, Blanca Nélida/BARRETO ARDILA, Hernando, *Principios de Derecho penal. Límites a las funciones legislativa y judicial*, Ed. Pro Iustitia, Bogotá, 1995.

BECCARIA BONESANA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Ed. Comares, Granada, 1996.

BECK, Ulrich, “Las instituciones de gobernanza global en la sociedad mundial del riesgo”, en *Guerra y paz en el Siglo XXI. Una perspectiva europea*, Ed. Tusquets, Barcelona, 2003.

BECKMANN, Suzzane C./KILBOURNE, William E./DAM, Ynte van/PARDO, Mercedes, “Anthropocentrism, value systems, and environmental attitudes: A multi-national comparison”, Department of Marketing, Copenhagen, Business School. Denmark, Working Paper, en página web http://www.uc3m.es/portal/page/portal/grupos_investigacion/sociologia_cambio_climat_ico/, último día consultado 05/09/13.

BELLIDO PENADÉS, Rafael, “Cooperación judicial penal y ne bis in idem (de la extradición a la orden europea de detención y entrega)”, en *La justicia y la carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Dir. De la Oliva Santos, Andrés, Ed. Colex, Madrid, 2008.

BELSHAW, Christopher, *Filosofía del medio ambiente. Razón naturaleza y preocupaciones humanas*, Ed. Tecnos, 2005.

BERGER, Adolf, *Encyclopedic dictionary of roman law*, Ed. The american philosophical society, Vol. 43, Parte 2, Reimpresión 1991, Philadelphia, 1953.

BERMEJO VERA, José, *Constitución y planificación hidrológica*, Ed. Cívitas, Madrid, 1995.

BLANCO ABARCA, Amalio, “El estrés ambiental”, en *Introducción a la psicología ambiental*, Dirs. Jiménez Burrillo, Florencio/Aragonés, Juan Ignacio, Ed. Alianza, Madrid, 1986.

BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua a través del Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de derecho penal español. El sistema de la parte especial*, T. II, Ed. Bosch, Barcelona, 2005.

BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución*, Ed. Alianza, Madrid, 1998.

BOBBIO, Norberto, *Locke e il diritto naturale*, Ed. Giappichelli, Torino, 1963.

BOIX REIG, Javier, “La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*”, en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Dir. BOIX REIG, Javier/BERNARDI, Alessandro, Ed. Iustel, Madrid, 2005.

BOIX REIG, Javier, “La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Thomson-Cívitas, Navarra, 2005.

BOLEA BARDON Carolina, *Autoría mediata en Derecho penal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, “La problemática de las normas penales en blanco”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en Código penal y la legislación especial*, Dir. Patricia Faraldo Cabana, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

BRAÑES, Raúl, *Manual de Derecho ambiental mexicano*, 2ª ed., 3ª reimpresión, Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2012.

BRICOLA, Franco, *La discrezionalità nel diritto penale*, Ed. Mulita paucis AG, Milano, 1965.

BRICOLA, Franco, *Scritti di Diritto penale. Vol. I. Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*, Ed. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Ed. Ariel, Barcelona, 1986.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1991.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Ed. PPU, Barcelona, 1994.

BUSTOS RUBIO, Miguel, *La tipicidad objetiva en el delito de omisión del deber de socorro personal*, Ed. UCM, Madrid, 2013.

CABEZAS CALVO-RUBIO, Francisco, “La Directiva Marco de Aguas europea y la legislación de aguas española”, en *Revista La Ley*, N° 7366, 2010.

CALVO CHARRO, María, *Sanciones medioambientales*, Ed. Marcial pons, Madrid, 1999.

CALVO CHARRO, María, *Escritos de Derecho ambiental*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

CANO CAMPOS, Tomás, “Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador”, en *Revista de Administración Pública*, N° 56, CEPC, Madrid, 2001.

CANO CAMPOS, Tomás, “Derecho administrativo sancionador en España”, en *El Derecho de Europa y de América Latina*, Ed. Estudios Judiciales TSJDF, México DF., 2010.

CANOSA USERA, Raúl, *Constitución y medio ambiente*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

CARABIAS, Julia y Otros, *Agua, Medio Ambiente y Sociedad. Hacia la gestión integral de los recursos hídricos en México*, Ed. UNAM/COLMEX, México D.F., 2005.

CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *El principio de legalidad penal*, Ed. Porrúa, México, 2009.

CARDONA TORRES, Juan, *Derecho penal. Parte especial*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010.

CARMONA SALGADO, Concepción, “Incidencias de la reforma penal de 2010 en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013.

CARRETERO PÉREZ, Adolfo/CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo, *Derecho administrativo sancionador*, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1992.

CASADO CASADO, Lucía, *La regulación de los vertidos en aguas continentales en el Derecho Comunitario, hacia un enfoque ambiental y global en la protección de las aguas*, Ed. Cedecs, Barcelona, 2005.

CASADO CASADO, Lucía, “Vertidos”, en *Diccionario de Derecho de ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006.

CASADO CASADO, Lucía, “El régimen jurídico de los vertidos en aguas continentales: nuevas perspectivas”, en *El agua: estudios interdisciplinarios*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009.

CASSOLA PEREZUTTI, Gustavo, *Medio ambiente y Derecho penal*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2005.

CASTILLO BLANCO, Federico A., *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Ed. Cívitas, Madrid, 1992.

CASTROVIEJO BOLÍVAR, Miguel, “La aplicación de la Directiva Marco de Aguas en la Unión Europea”, en *Revista General de Derecho Europeo*, Nº 18, 2009.

CEDENÑO HERNÁN, Mariana/AGUILERA MORALES, Marien, “El principio *non bis in idem* a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, en *La justicia y la carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Dir. De la Oliva Santos, Andrés, Ed. Colex, Madrid, 2008.

CEREZO MIR, José, *Derecho penal. Parte general-lecciones*, 2ª ed., Ed. UNED, Madrid, 2000.

CEREZO MIR, José, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, Nº 10, 2002.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general. Introducción*, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2004.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, Vol. II, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2004.

CERNUDA, Olalla, “Solo el 11% del agua de los ríos españoles es de buena calidad”, en *Diario El Mundo*, sección Ciencia/Tecnología, 26 de Octubre 2005, España.
<http://www.elmundo.es/elmundo/2005/10/25/ciencia/1130242701.html>.

CHANDAVARKAR Nikhil/CABALLERO Helena, “The Millenium Development Goals from the perspective of water”, en *Revista Ingeniería y territorio*, Nº 91, 2010.

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

COBO DEL ROSAL, Manuel/QUINTANAR DÍEZ, Manuel, “Artículo 25 Garantía penal”, en *Comentarios a la Constitución española de 1978, Tomo III*, Ed. Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.

COBO DEL ROSAL, Manuel/ BOIX REIG, Javier, “Garantías constitucionales del Derecho sancionador. Artículo 25”, en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, Ed. EDERSA, Madrid, 1982.

COCA VILA, Ivó, “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?” en *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Dir. Jesús María Silva Sánchez, Ed. Atelier, Barcelona, 2013.

COLOM PIAZUELO, Eloy, “El dominio público hidráulico”, en *El Derecho de Aguas en Brasil y España. Un estudio comparado*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Comunicación de la comisión al consejo y al parlamento europeo. La política de aguas de la Comunidad Europea, COM(96) 59 final, Bruselas, 21.02.1996.

COMISIÓN DE MEDIO AMBIENTE, SALUD PÚBLICA Y SEGURIDAD ALIMENTARIA DEL PARLAMENTO EUROPEO, *Repercusiones de la extracción de gas y petróleo de esquisto en el medio ambiente y la salud humana*, Parlamento Europeo, Bruselas, 2011.

COMISIÓN EUROPEA, *Hacia una gestión sostenible y estratégica de los recursos hídricos*, Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2000.

COMISIÓN EUROPEA, *El agua es la vida: La Directiva Marco sobre Aguas contribuye a proteger los recursos de Europa*, Unión Europea, Luxemburgo, 2011.

COMISIÓN NACIONAL DEL AGUA (CONAGUA)/CONSEJO MUNDIAL DEL AGUA, *México 2006. IV Foro Mundial del Agua. Informe final*, México D.F., 2006.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código penal comentado*, T. II, Ed. Bosch, Barcelona, 2004.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente: una perspectiva criminológica”, en *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*, Ed. Universidad pública de Navarra, Pamplona, 2000.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “El delito ecológico. Delitos en materia de aguas”, en *El agua: estudios interdisciplinares*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009.

CÓRDOBA RODA, Juan, “Comentario al artículo 2”, en *Comentarios al Código penal*, T. I, Ed. Ariel, Barcelona, 1972.

COROMINAS, Carlos, “Una nueva oportunidad perdida. Río +20. Crónica de la Cumbre”, en *Revista Seguridad y medio ambiente*, Fundación Mapfre, Año 32, Nº 127, 2012.

CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, “Comentario al artículo 4”, en *Comentarios al Código penal*, T.I, Dir. Manuel Cobo Del Rosal, Ed. Edersa, Madrid, 1999.

COSTA, Fausto, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, Trad. Mariano Ruiz-Funes, Ed. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1953.

CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.

CUADRADO RUIZ, Ma. Ángeles, “La posición de garante”, en *Revista de derecho penal y criminología*, Nº 6, 2000.

CUBERO MARCOS, José Ignacio, El principio non bis in idem en Ley vasca de la potestad sancionadora, Ed. IVAP, Oñate, 2010.

CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal, Tomo I*, Ed. Bosch, 16ª ed., Barcelona, 1971.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Aspectos sustantivos y procesales del dolo”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Nº 7, 2005.

CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Universidad Católica de Chile, 7ª ed., Santiago, 2005.

D’ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1975, T. I.

D'ORS, A., HERNÁNDEZ - TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1975, T. III.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *Tipicidad e imputación objetiva*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, 2ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., *Conocimiento de la ilicitud. Aproximación al conocimiento de la antijuridicidad del hecho desde las teorías psicológicas del pensamiento intuitivo*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

DE LA CUESTA AGUADO, María Paz, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Comentarios al Código penal*, Dir. Luis Arroyo Zapatero y Otros, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “La tutela penal de las aguas continentales”, en *La calidad de las aguas*, Ed. Cívitas, Madrid, 1994.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Actualidad penal*, 1998-1.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Cuestiones relativas al delito de contaminación ambiental”, en *Revista penal*, Nº 4, 1999.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1996.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por le mismo delito (art. 50 CDF). La regla *non bis in idem* en el Derecho procesal penal de la Unión Europea: algunas cuestiones y respuestas”, en *La justicia y la carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Dir. De la Oliva Santos, Andrés, Ed. Colex, Madrid, 2008.

DE LAMO RUBIO, Jaime, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio “ne bis in idem”*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.

DE MIGUEL PERALES, Carlos, *Derecho español del medio ambiente*, Ed. Cívitas, Madrid, 2000.

DE ROJAS MARTÍNEZ-PARETS, Fernando, “Tribunal de las aguas de Valencia”, en *Diccionario de Derecho de aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “Derecho penal del medio ambiente”, en *Tratado de Derecho ambiental*, Dirs. Luis Ortega Álvarez/Consuelo Alonso García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad penal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

DEL CASTILLO, Lilian, *Los foros del agua. De Mar del Plata a Estambul 1977-2009*, Ed. Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 2009.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “Aspectos problemáticos en los delitos contra el medio ambiente”, en *Problemas derivados de la delincuencia medioambiental*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

DEL REY GUANTER, Salvador, *Potestad sancionadora de la administración y jurisdicción penal en el orden social*, Ed. Ministerio de trabajo y seguridad social, Madrid, 1990.

DELGADO PIQUERAS, Francisco, *Derecho de aguas y medio ambiente*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

DELGADO PIQUERAS, Francisco, “La transposición de la Directiva Marco de Aguas en España”, en *RAP*, N° 165, 2004.

DELGADO PIQUERAS, Francisco, “La protección ambiental de las aguas continentales”, en *Tratado de Derecho ambiental*, Dirs. Luis Ortega Álvarez/Consuelo Alonso García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013.

DEDES, Christos. “Sobre el origen del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*”, Trad. M. Carmen Alastuey Dobón, en *Revista de Derecho penal y criminología*, N° 9, 2002.

DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Dolo, Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, Ed. Porrúa, México D.F., 2000.

DÍAZ DELGADO, Carlos y otros, “Riesgo de enfermedades transmitidas por el agua en zonas rurales”, en *Agua potable para comunidades rurales, reuso y tratamientos avanzados de aguas domésticas (libro electrónico)*, Ed. CIRA – RIPDA CYTED, México, 2003.

DÍAZ PITA, Mª del Mar, *El dolo eventual*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1994.

Diccionario de la lengua española. RAE, Vigésima segunda edición, 2011.

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Aspectos jurídicos actuales de la protección del medio ambiente en la Comunidad Europea, y en especial, la contribución de su Tribunal de Justicia*, Universidad de Granada, Granada 1991.

DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho internacional público*, 17ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2009.

DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia, *La administración hidráulica española e iberoamericana*, Ed. Instituto Euromediterráneo del agua, Murcia, 2008.

DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación*, Ed. Comares, Granada, 2008.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Responsabilidad de personas jurídicas”, en *Memento experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Coord. Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

DOVAL PAIS, Antonio, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, “Principios generales del Derecho internacional ambiental como fuente normativa. El principio de precaución”, en *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, IX, 2006.

ECHARRI, Luis, *Ciencias de la Tierra y del medioambiente*, Ed. Teide, libro electrónico, 1998, tema 11, Véase en página web: <http://www.tecnun.es/asignaturas/Ecologia/Hipertexto/00General/Principal.html>, último día consultado 05/09/13.

EMBID IRUJO, Antonio, “Evolución del Derecho y de la política del agua en España”, en *RAP*, N° 156, 2001.

EMBID IRUJO, Antonio, “El Derecho al agua en el marco de la evolución del Derecho de aguas”, en *El Derecho al agua*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

EMBID IRUJO, Antonio, “Aguas continentales y marinas, protección”, en *Diccionario de Derecho de ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006.

EMBED IRUJO, Antonio, “Derecho al agua”, en *Diccionario de Derecho de aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

EMBED IRUJO, Antonio, “Planificación hidrológica”, en *Diccionario de Derecho de aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

EMBED IRUJO, Antonio, “Impactos territoriales de la política hidráulica. Algunas reflexiones de actualidad”, en *Agua, residuos y territorio. Estudios jurídicos sobre política ambiental en España y Colombia*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

EMBED IRUJO, Antonio, “La planificación hidrológica”, en *El Derecho de aguas en Brasil y España. Un estudio de Derecho comparado*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

EMBED IRUJO, Antonio, “Informe de España”, en *Gestión del Agua y Descentralización Política*, Ed. Aranzadi/Thomson-Reuters, Madrid, 2009.

EMBED IRUJO, Antonio, “El Derecho a los servicios de agua potable y saneamiento”, en *La calidad de las aguas y su regulación jurídica. Un estudio comparado de la situación en España y México*, Ed. Iustel, Madrid, 2011.

ERCMAN, S., *European environmental law. Legal and economic appraisal*, Ed. Bubenbergl-Verlag AG Bern, Suiza, 1977.

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire, *El medio ambiente en la crisis del Estado social. Su protección penal simbólica*, Ed. Comares, Granada, 2006.

ESCUIN PALOP, Catalina, *Presente y futuro del Derecho de aguas en España*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2007.

ESTEVE PARDO, José, “Protección penal y accesoriedad administrativa en la nueva regulación para la protección del medio ambiente”, en *Incidencia medioambiental y Derecho sancionador*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

ESTEVE PARDO, José, “Convivir con el riesgo. La determinación del riesgo permitido”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Editores Esteban Pérez Alonso y Otros, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

ESTÉVEZ ESTÉVEZ, Raúl/LEÓN LACAL, Alejandro, *Introducción a la legislación medioambiental*, Ed. Mandala, Madrid, 2003.

FALCÓN Y TELLA, María José/FALCÓN Y TELLA, Fernando, *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un Derecho a castigar?*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

FEINBERG, Joel, *Harm to others. The moral limits of the criminal law*, Vol. I, Ed. Oxford University Press, New York, 1987.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El injusto penal y su prevención ante el Código penal de 1995*, Ed. Colex, Madrid, 1997.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Ed. Cívitas, Madrid, 2002.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Thomson-Cívitas, Navarra, 2005,

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, Ed. B de F, Montevideo, 2007.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Estudios sobre las reformas del Código penal. Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Ed. Cívitas/Thomson-Reuters, Navarra, 2011.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal”, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Cívitas/Thomson-Reuters, Navarra, 2012.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Sobre la “administrativización” del derecho penal en la “sociedad del riesgo”. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, en *Revista Derecho penal contemporáneo*, N° 19, 2007.

FERNÁNDEZ, Adela, *Dioses prehispánicos de México. Mitos y deidades del panteón nahuatl*, Ed. Panorama, México D.F., 1985.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2004.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos, *La protección del medio ambiente en Derecho internacional, Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Ed. Eusko Jaurlaritza, Bilbao, 1992.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, *Sistema jurídico-administrativo de protección del medio ambiente*, Ed. Ratio legis, Salamanca, 2012.

FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco, “El régimen sancionador en materia de dominio público hidráulico (análisis de la doctrina judicial)”, en *Nuevo Derecho de aguas*, Ed. Thomson-Cívitas, Navarra, 2007.

FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva, *La autoría mediata en apartos organizados de poder*, Ed. Comares, Granada, 2006.

FERNÁNDEZ ILLANES, Samuel, “Las acciones preventivas por daños cumulativos en el Derecho internacional público”, en *Revista Ars Boni et Aequi*, N° 6, 2, Chile, 2010.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, “Presentación”, en *Régimen jurídico del agua culturas y sistemas jurídico comparados*, Ed. UNAM, México, 2007.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, Trad. al castellano de la 14ª edición alemana (Giessen, 1847) por Eugenio Raúl Zaffaroni/ Irma Hagemeier, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

FORTES MARTÍN, Antonio, *El régimen jurídico de la autorización ambiental integrada*, Ed. Ecoiuris, Madrid, 2004.

FORTES MARTÍN, Antonio, *Vertidos y calidad ambiental de las aguas. Regulación jurídico-administrativa*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005.

FORTES MARTÍN, Antonio, “Autorización de vertidos”, en *Diccionario de Derecho de Aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

FORTES MARTÍN, Antonio, “La caracterización técnica y ambiental del régimen de vertidos a las aguas: algunas precisiones jurídicas”, en *Conflictos jurídicos en la gestión y uso del agua*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

FUENTES OSORIO, Juan Luis, “Accesoriedad administrativa y delito ecológico”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Editores Esteban Pérez Alonso y Otros, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

GALLARDO CASTILLO, María Jesús, *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo/MENÉNDEZ REXACH, Ángel/DÍAZ LEMA, José Manuel, *El Derecho de aguas en España*, Vol. I, Ed. Ministerio de obras públicas y urbanismo, Madrid, 1986.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo/MENÉNDEZ REXACH, Ángel/DÍAZ LEMA, José Manuel, *El Derecho de aguas en España*, Vol. II, Ed. Ministerio de obras públicas y urbanismo, Madrid, 1986.

GALLEGO DÍAZ, Manuel, “Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal español”, en *Revista Penal*, Nº 31, 2013.

GARBERÍ LLOBREGAT, José/BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *El procedimiento administrativo sancionador*, Vol I, 4ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

GARCÍA ALBERO, Ramón, “La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de los ilícitos”, en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001.

GARCÍA ALBERO, Ramón, “*Non bis in idem*”. *Material y concurso de Leyes penales*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1995.

GARCÍA ARAN, Mercedes, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma”, en *Estudios penales y criminológicos*, Nº16, Universidad de Santiago de Compostela, 1996.

GARCÍA BENÍTEZ, Antonio, *Los orígenes de la pena*, Ed. Padilla libros editores y librereros, Sevilla, 2009.

GARCÍA COSTA, Francisco Manuel, “A vueltas con la Ley penal en blanco: a propósito del artículo 325.1 del Código penal”, en *La tutela penal del agua*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, en *Revista española de Derecho administrativo*, Nº 10, 1976.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Ed. Thomson-Cívitas, Navarra, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Vol I, Ed. Thomson-Reuters, 15ª ed., Pamplona, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Vol. II, Ed. Thomson-Reuters, 12ª ed., Pamplona, 2011.

GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, *La coautoría en el Derecho penal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Diccionario de jurisprudencia romana*, 3ª ed., 4ª reimpresión, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.

GARCÍA GONZÁLEZ, Javier, “La doble sanción penal y administrativa por un mismo hecho: vigencia del principio *ne bis in idem*”, en *Revista General de Derecho*, Nº 678-679, 2001.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, 37ª ed., México, 1985.

GARCÍA MORALES, Aniza, *El Derecho al agua*, Ed. Trotta, Madrid, 2008.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, 5ª ed., Vol. I, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2012.

GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Ed. Praxis, Barcelona, 1998.

GARCÍA VALDES, Carlos, *Introducción a la penología*, Ed. Instituto de criminología UCM, Madrid, 1981.

GAMERO CASADO, Eduardo/FERNÁNDEZ RAMOS, Severino, *Manual básico de Derecho administrativo*, 8ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2011.

GARDUÑO L., René, “Ciencia y conciencia del agua”, en *El futuro del agua en México*, Ed. Universidad de Guadalajara/Colegio de México, México, 2004.

GARRIDO FALLA, Fernando, y Otros, *Tratado de Derecho administrativo*, Vol II, Ed. Tecnos, 12ª ed., Madrid, 2006.

GARRIDO FALLA, Fernando, y Otros, *Tratado de Derecho administrativo*, Vol. I, Ed. Tecnos, 15ª ed., Madrid, 2010.

GEREZ KRAEMER, Gabriel M., *El derecho de aguas en Roma*, Ed. Dykinson, Madrid, 2008.

GERPE LANDÍN, Manuel, “Principio de legalidad y remisiones normativas en materia penal”, en *Revista jurídica de Catalunya*, Il Itre Col·legi d’ Advocats de Barcelona, nº 3, 1991.

GLEICK, Peter H., "La importancia de cada molécula", en: *Investigación Científica*, Nº 295, Madrid, abril 2001.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal*, Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos penales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2007.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Presentación”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Dir. Roland Hefendehl, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009.

GOLDSCHMIDT, James, *Derecho, Derecho penal y proceso. Vol. I. Problemas fundamentales del Derecho*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.

GÓMEZ GONZÁLEZ, Orlando T., *Participación criminal: análisis doctrinal y Jurisprudencial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.

GÓMEZ LANZ, Francisco Javier, “Responsabilidad penal en el ámbito de la biotecnología agraria”, en *Semillas transgénicas y protección del medio ambiente. Consideraciones legales y económicas*, Ed. Comillas, Madrid, 2008.

GÓMEZ LANZ, Francisco Javier, “Relevancia penal de las nuevas formas de contaminación atmosférica”, en *Nuevas formas de contaminación atmosférica. Un análisis jurídico multidisciplinar*, Ed. Dykinson/Comillas, Madrid, 2010.

GÓMEZ LANZ, Francisco Javier, “¿En qué medida el Derecho penal es un instrumento jurídico de respuesta ante los desafíos del cambio climático?”, *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Nº 86, 2012.

GÓMEZ PAVÓN, Pilar, “Cuestiones actuales del Derecho penal económico: El principio de legalidad y las remisiones normativas”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª Época, Nº extraordinario 1º, 2000.

GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, 4ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 2010.

GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, 3ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 2013.

GÓMEZ RIVERO, Mª del Carmen, *La inducción a cometer el delito*, Ed. Trant lo blanch, Valencia, 1995.

GÓMEZ RIVERO, Mª Carmen, *El fraude de subvenciones*, 2ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel/SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, 2ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. La Ley, Madrid, 2011.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código penal español”, en *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, Dir. Jesús María Silva Sánchez, Ed. La Ley, Madrid, 2012.

GONZÁLEZ, Antonio/AMÉRIGO, María, “Actitudes hacia el medio ambiente y conducta ecológica”, en *Psicothema*, Vol. 11, Nº1, 1999.

GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, Arturo, “Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa”, en *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Dir. Jesús María Silva Sánchez, Ed. Atelier, Barcelona, 2013.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús/ARRIETA ÁLVAREZ, Carlos, “El principio quien contamina paga y el canon de vertidos”, en *RAP*, Nº 112, 1987.

GÓRRIZ ROYO, Elena Mª, *El concepto de autor en Derecho penal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

GRACIA MARTÍN, Luis, “El sistema de penas en el Código penal español”, en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Coord. Gracia Martín, Luis, Ed. Tirant lo blanch, 3ª ed., Valencia, 2004.

GRACIA MARTÍN, Luis, “Las medidas de seguridad y reinserción social”, en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Coord. Gracia Martín, Luis, Ed. Tirant lo blanch, 3ª ed., Valencia, 2004.

GRANADOS PÉREZ, Carlos, “La contaminación acústica como modalidad de delito contra el medio ambiente”, en *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, T. II, Ed. Marcial pons, Madrid, 2004.

GRANADOS PÉREZ, Carlos, “La contaminación acústica”, en *Problemas derivados de la delincuencia medioambiental*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

GREENPEACE, Agua. *La calidad de las aguas en España. Un estudio por cuencas*, 2005.

GROCIO, Hugo, *Del Derecho de presa. Del Derecho de la guerra y de la paz, (De iure praedae. De iure belli ac pacis)*, Ed. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1987.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, T. II, Imprenta D. F. Sánchez, Madrid, 1863

GUTIÉRREZ NÁJERA, Raquel, *Introducción al estudio del Derecho ambiental*, 7ª ed., Ed. Porrúa, México, 2011.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María, *La responsabilidad penal del coautor*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2009.

HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984.

HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

HASSEMER, Winfried, “Los elementos característicos del dolo”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Nº 43, Fascículo III, 1990.

HASSEMER, Winfried, “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Nº 45, Fascículo I, 1992.

HAVA GARCÍA, Esther, *La imprudencia médica*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

HAVA GARCÍA, Esther, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Derecho penal español. Parte especial*, T. II, Dir. Javier Álvarez García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

HEFENDEHL, Roland, “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en *Anales de Derecho*, Nº 19, 2001.

HEFENDEHL, Roland, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Dir. Roland Hefendehl, Ed. Marcial pons, Madrid, 2007.

HERZOG, Félix, “Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales”, en *Revista Poder Judicial*, Nº 32, 1993.

HERZOG, Félix, “Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo”, en *Revista Penal*, Nº 4, 1999.

HOBBS, Thomas, *Del ciudadano y Leviatán*, Trad. Enrique Tierno Galván/M. Sánchez Sarto, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, “Delito ecológico y función simbólica del Derecho penal”, en *El delito ecológico*, Dir. Juan Terradillos Basoco, Ed. Trotta, Madrid, 1992.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, “El principio de lesividad y el delito ecológico”, en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001.

HUERGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

HUERTA TOCILDO, Susana, “El Derecho fundamental a la legalidad penal”, en *Revista española de Derecho constitucional*, Nº 39, 1993.

HUERTA TOCILDO, Susana, “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, en *El principio de legalidad*, Ed. CEPC, Madrid, 2000.

HUERTA TOCILDO, Susana, “Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor D. José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

IGLESIAS SKULJ, Agustina, “La protección del medio ambiente en la Unión Europea”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en Código penal y la legislación especial*, Dir. Patricia Faraldo Cabana, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

INGENIERÍA SIN FRONTERAS/PROSALUS, *Derecho al agua*, España, 2008.

INGENIERÍA SIN FRONTERAS/ECOLOGÍSTAS EN ACCIÓN, *El agua, como la vida, no es una mercancía*, Ed. Mundoprint, 2012.

JAÉN VALLEJO, Manuel, *Los principios superiores del Derecho penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Ed. Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 1997.

JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia, *El derecho ambiental y sus principios rectores*, Ed. Dykinson, Madrid, 1991.

JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia, *Iniciación al Derecho ambiental*, Ed. Dykinson, 2ª ed., Madrid, 1999.

JARIA I MANZANO, Jordi, “El principio de precaución como garantía de la justicia ambiental”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Editores Esteban Pérez Alonso y Otros, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Traducción de OLMEDO CARDENETE, Miguel, Ed. Comares, 5ª ed., Granada, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal. Concepto del Derecho penal y de la criminología, historia y legislación penal comparada, Tomo I*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1977.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal. Filosofía y ley penal, T. II*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1977.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal. El delito, Tomo III*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1977.

JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, Patricia, *El principio de prevención en el Derecho internacional del medio ambiente*, Ed. Ecoiuris, Madrid, 2001.

JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael, “Régimen económico-financiero del agua”, en *Diccionario de Derecho de aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael, “Régimen económico-financiero del agua en España”, en *El Derecho de aguas en Brasil y España. Un estudio de Derecho comparado*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.

JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael, “Una perspectiva financiera y tributaria de la calidad de las aguas”, en *La calidad de las aguas y su regulación jurídica. Un estudio comparado de la situación en España y México*, Ed. Iustel, Madrid, 2011.

JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del Derecho a un medio ambiente adecuado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.

JORDANO FRAGA, Jesús, “Ciencia, tecnología, medio ambiente y responsabilidad patrimonial de la Administración: en especial, los denominados riesgos del desarrollo”, en *Revista de documentación administrativa*, N° 265-266, 2003.

JORGE BARREIRO, Agustín, “El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995”, en *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Ed. Comares, Granada, 2005.

JUSTE RUIZ, José, *Derecho internacional del medio ambiente*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1999.

JUSTE RUIZ, José, “El Derecho Internacional frente a los desafíos ambientales globales”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Editores Esteban Pérez Alonso y Otros, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

KRUEGER, Paul, *Ulpiani liber singulares regularum. Pauli libri quinque sententiarum. Fragmenta minora*, Ed. Weidmannos, Berlin, 1878.

LA JORNADA, *Agua*, Dir. Carmen Lira Saade, Ed. La Jornada, México D.F., 2005.

LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel, *Comportamiento omisivo y Derecho penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

LAGO CANDEIRA, Alejandro, “Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)”, en *Diccionario de Derecho ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006.

LAGO CANDEIRA, Alejandro, “Conferencias de medio ambiente y desarrollo: Estocolmo, Río, Johannesburgo”, en *Diccionario de Derecho ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006.

LAGO CANDEIRA, Alejandro, “Principios generales de Derecho ambiental”, en *Diccionario de Derecho ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006.

LANDECHO VELASCO, Carlos María/MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, *Derecho penal español. Parte general*, 8ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2010.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tecnos, 6ª ed., Madrid, 2005.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki/GARCÍA URETA, Agustín/LAZCANO BROTONS, Iñigo, *Derecho ambiental. Parte general*, Ed. IVAP, Oñati, 2004.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “Por un Derecho penal sólo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Thomson-Cívitas, Madrid, 2005.

LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dolo y conocimiento*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

LÁZARO CALVO, Trinidad, *Derecho internacional del medio ambiente*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005.

LESMES SERRANO, Carlos, “Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Derecho penal administrativo (ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente)*, Ed. Comares, Granada, 1997.

LIU, Julian, “Issue focus: the human right to water”, en: *Enfoque DESC*, N° 1, Vol. 2, Center for economic and social rights, EE.UU, 2003.

LOPERENA ROTA, Demetrio, “El agua como Derecho humano”, en *Nuevo Derecho de aguas*, Ed. Thomson-Cívitas, Navarra, 2007.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El principio: non bis in idem*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “Problemas generados por la dualidad sancionadora administrativa y penal en ámbito de la protección del medio ambiente” en *Problemas derivados de la delincuencia medioambiental*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

LÓPEZ CANDELA, Javier, “La posición de garante en el Derecho medio ambiental”, en *Incidencia medioambiental y Derecho sancionador*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

LÓPEZ MENUDO, Francisco, “Autorizaciones”, en *Diccionario de Derecho de Aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “El Derecho ambiental como Derecho de la función pública de protección de los recursos naturales”, en *La protección jurídica del medio ambiente*, Coord. José Manuel Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.

LORENTE AZNAR, César J., *Empresa, derecho y medio ambiente. La responsabilidad legal empresarial por daños al medio ambiente*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996.

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría del Derecho ambiental*, Ed. Porrúa, México D.F., 2008.

LOZANO CUTANDA, Blanca, “Planificación como técnica de protección ambiental”, en *Diccionario de Derecho de ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006.

LOZANO CUTANDA, Blanca, “Autorizaciones ambientales. La licencia de actividades clasificadas”, en *Diccionario de Derecho de ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006.

LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo*, Ed. La ley, Madrid, 2010.

LOZANO CUTANDA, Blanca/ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *Administración y legislación ambiental*, 6ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

LOZANO SUÁRES, Luis Miguel, “El principio *non bis in idem*: Colisión entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador”, en *Revista de Derecho penal*, N° 15, 2005.

LUCHENA MOZO, Gracia, Mª, “Instrumentos fiscales para la protección del medio ambiente”, en *Tratado de Derecho ambiental*, Dirs. Luis Ortega Álvarez/Consuelo Alonso García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013.

LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Ed. Dykinson, 3ª ed., Madrid, 1988.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Ed. Universitas, Madrid, 2004.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales”, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el Gobierno civil*, Ed. Alianza, Madrid, 1990.

MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1983.

MAGÁN PERALES, José Mª Aristóteles, “Régimen de infracciones y sanciones”, en *Diccionario de Derecho de aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

MANRIQUE PÉREZ, María Laura, *Acción, dolo eventual y doble efecto. Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “Los delitos contra el medio ambiente en el Código penal español”, en *Actualidad penal*, 1994-1.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La protección penal de las aguas, como elemento ecológico, en Alemania”, en *Actualidad penal*, 1994-1.

MARGADANT, Guillermo Floris, *La segunda vida del Derecho romano*, Ed. Porrúa, México, 1986.

MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho ambiental*, 3ª ed., Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.

MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental, T. I*, Ed. Trivium, Madrid, 1991.

MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental, T. II*, Ed. Trivium, Madrid, 1992.

MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho ambiental, T. IV (actualización)*, Ed. Edisofer, Madrid, 2003.

MARTÍN MATEO, Ramón, “Evolución del régimen de tutela ambiental de las aguas continentales”, en *El Derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, T. I, Ed. Cívitas, Madrid, 2002.

MARTÍN MORALES, Ricardo, “Constitución y medio ambiente”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Editores Esteban Pérez Alonso y Otros, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *Derecho de aguas*, Ed. Cívitas, Madrid, 1997.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, “Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial”, en *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, “Protección penal del medio ambiente y personas jurídicas”, en *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Ed. EDERSA, Madrid, 1992.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita/MARTÍN LORENZO, María/VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita, *Derecho penal. Introducción. Teoría jurídica del delito*, Ed. UCM, Madrid, 2012.

MARTÍNEZ NIETO, Antonio, “El día mundial del agua”, en *Revista La Ley*, Nº 7366, 2010.

MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, “Introducción al Derecho penal ambiental”, en *Derecho penal ambiental*, Ed. Exlibris, Madrid, 2006.

MARQUÈS I BANQUÉ, María, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Comentarios al Código penal*, T. II, 6ª ed., Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Ed. Comares, Granada, 1997.

MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Medio ambiente y funcionarios públicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, Ed. Colex, Madrid, 1998.

MATTES, Heinz, *Problemas de Derecho penal administrativo. Historia y Derecho comparado*, Trad. RODRÍGUEZ DEVESA, José Ma., Editoriales de Derecho reunidas, Jaén, 1979.

MAYO CALDERÓN, Belén, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del art. 295 del Código penal español y propuesta de lege ferenda*, Ed. Comares, Granada, 2005.

MEDINA DE LEMUS, Manuel, *Medio ambiente. Protección y responsabilidad*, Ed. Dilex, Madrid, 2007.

MENDO ESTRELLA, Álvaro, “La responsabilidad de superiores en el delito ecológico del artículo 325.1 del Código penal”, en *La Ley Penal*, Nº 42, 2007.

MENDO ESTRELLA, Álvaro, *El delito ecológico del artículo 325.1 del Código Penal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009.

MENDOZA BUERGO, Blanca, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Ed. Comares, Granada, 2001.

MENDOZA BUERGO, Blanca, “El delito ecológico y sus técnicas de tipificación”, en *Actualidad penal*, 2002-1.

MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “Transferencia de los recursos hidráulicos”, en *Diccionario de Derecho de aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “El agua como bien jurídico global: El Derecho humano al agua”, en *La protección de bienes jurídicos globales*, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, 2012.

MERINO HERRERA, Joaquín, *Política criminal y delincuencia organizada. Especial consideración del fenómeno terrorista*, Tesis inédita, Universidad Complutense de Madrid, 2010.

MESEGUER YEBRA, Joaquín, *El principio “non bis in idem” en el procedimiento administrativo sancionador*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

MESTRE DELGADO, Esteban, “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, Fascículo II, 1988.

MESTRE DELGADO, Esteban, “Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en *Derecho penal. Parte especial*, Coord. Carmen Lamarca Pérez, Ed. Colex, 6ª ed., Madrid, 2011.

MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal, Tomo I*, Trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1935.

MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte general*, Ed. Bibliográfica argentina, 6ª ed., Buenos Aires, 1958.

MINKES, John/MINKES, Leonard, *Corporate and white-collar crime*, Ed. SAGE, EE.UU., 2008.

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, *Libro blanco del agua. Documento de síntesis*, Madrid, 1998.

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, *Evaluación ambiental estratégica del plan hidrológico nacional. Documento de síntesis*, Madrid, 2001.

MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.

MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Ed. B de F, 2ªed., Buenos Aires, 2002.

MIR PUIG, Santiago, “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Reppertor, 9ª ed., Barcelona, 2011.

MIR PUIG, Santiago, *Bases constitucionales del Derecho penal*, Ed. Iustel, Madrid, 2011.

MITRE GUERRA, Eduardo José, *El Derecho al agua. Naturaleza jurídica y protección legal en los ámbitos nacionales e internacional*, Ed. Iustel, Madrid, 2012.

MITRE GUERRA, Eduardo José, “La protección del agua a través de la tutela penal. Estudio comparado de Panamá y España”, en *Revista Prospectiva Jurídica*, N° 7, 2013.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, “Los delitos contra el medio ambiente”, en *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, Dir. Jesús María Silva Sánchez, Ed. La Ley, Madrid, 2012.

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Trad. Mercedes Blázquez/Pedro de Vega, Ed. Tecnos, 4ª ed., Madrid, 1998.

MONTORO PUERTO, Miguel, *La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1965.

MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996.

MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, “Las medidas de seguridad”, en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Coord. Molina Blázquez, M^a Concepción, Ed. Bosch, Barcelona, 2005.

MORALES PRATS, Fermín, “La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley penal en blanco y concepto de peligro”, en *Estudios jurídicos. En memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, V. II, Universidad de Valencia, Valencia, 1997.

MORALES PRATS, Fermín, “El delito de contaminación ambiental: análisis del artículo 325.1 CP. La relación entre el Derecho penal y Derecho administrativo medioambiental”, en *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

MORALES PRATS, Fermín, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis., 31.2 supresión, 33.7, 66 bis., 129, 130.2 CP)”, en *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Dir. Gonzalo Quintero Olivares, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010.

MORENO MOLINA, José Antonio/ALONSO GARCÍA, M^a Consuelo, “Técnicas jurídico-administrativas de protección ambiental”, en *Tratado de Derecho ambiental*, Dirs. Luis Ortega Álvarez/Consuelo Alonso García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Protección penal del agua”, en *Cuadernos de política criminal*, N^o 82, 2004.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “El agua como objeto de protección penal en su vertiente ambiental”, en *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Las diversas variables de la protección penal del agua en el ámbito punitivo”, en *La tutela penal del agua*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

MULERO MENDIGORRI, Alfonso, *Introducción al medio ambiente en España*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999.

MUÑOZ CLARES, José, *Ne bis in idem y Derecho penal. Definición, patología y contrarios*, Ed. Diego Marín, Murcia, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal y control social*, Ed. Fundación universitaria de Jerez, Jerez, 1985.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Ed. B de F, 2ª ed., Buenos Aires, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, 4ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Tirant lo blanch, 8ª ed., Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013.

MUÑOZ LORENTE, José, “Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho penal simbólico”, en *Revista Derecho y proceso penal*, Nº 6, 2001-2.

MUÑOZ LORENTE, José/BAUCELLS LLADÓS, Joan/FARALDO CABANA, Patricia, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 325, 327, 328, 329 y 339)”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Dir. Francisco Javier Álvarez García/José Luis González Cussac, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010.

MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2000.

NACIONES UNIDAS, *Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe 2005*, Nueva York, 2005.

NACIONES UNIDAS, “Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento”, en *Informe final del Relator Especial El Hadji Guissé del Consejo Económico y Social*, 2004.

NACIONES UNIDAS, “Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de Derechos Humanos”, en *Revista Instrumentos internacionales de Derechos Humanos*, Ottawa, número 7, Human Rights Internet, 2004.

NAVARRO CABALLERO, Teresa, *Los instrumentos de gestión del dominio público hidráulico. Estudio especial del contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas y de los bancos público del agua*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2007.

NAVARRO CARDOSO, Fernando, *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho penal*, Ed. Colex, Madrid, 2001.

NAVARRO CARDOSO, Fernando, “El principio *ne bis in idem* a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999: Exposición y crítica”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, Ed. Ediciones Universidad Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001.

NAVARRO MASSIP, Jorge, “La adecuación social y el principio de insignificancia como causas de exclusión de la tipicidad en relación al principio de intervención mínima”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 8, 2011.

NAVARRO ORTEGA, Asensio, “Derecho de aguas”, en *Derecho ambiental (adaptado al EEES)*, Dir. María Asunción Torres López/Estanislao Arana García, Ed. Tecnos, Madrid, 2012.

NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, 4º ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2005.

NOVOA MONREAL, Eduardo, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Ed. Desalma, Buenos Aires, 1984.

OBREGÓN GARCÍA, Antonio/GÓMEZ LANZ, Javier, “Teoría general de la pena”, en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Coord. Molina Blázquez, M^a Concepción, Ed. Bosch, Barcelona, 2005.

OBREGÓN GARCÍA, Antonio/GÓMEZ LANZ, Javier, *Derecho penal. Parte general: Elementos básicos de teoría del delito*, Ed. Tecnos, Madrid, 2012.

OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA, *Agua y sostenibilidad: Funcionalidad de las cuencas*, 2008.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Ed. UCM, Madrid, 1981.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del Delito*, 2ª ed., Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986.

OLARTE BÁCARES, Diana Carolina, “La efectividad del Derecho internacional del medio ambiente”, en *Revista colombiana de Derecho internacional*, N°5, 2005.

OLLER RUBERT, Marta, “El canon de vertido estatal y los cánones de saneamiento autonómicos: el canon de saneamiento valenciano. Breve apunte de Derecho comparado alemán”, en *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, N° 294-295, 2004.

OLLER RUBERT, Marta, *Saneamiento de aguas residuales y reforma del Derecho administrativo*, Ed. Atelier, Barcelona, 2008.

OLMEDO CARDENETE, Miguel, “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Coord. Lorenzo Morillas Cueva, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

ORDÓÑEZ SOLÍS, David, “Aguas, medio ambiente y Unión Europea. La política comunitaria europea de aguas: armonización y financiación”, en *Nuevo Derecho de aguas*, Ed. Thomson-Cívitas, Navarra, 2007.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, “Concepto de medio ambiente”, en *Tratado de Derecho ambiental*, Dirs. Luis Ortega Álvarez/Consuelo Alonso García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013.

OYARZÚN MUÑOZ, Jorge, *Evaluación de impactos ambientales*, 2008, disponible en http://www.aulados.net/Temas_ambientales/EIA/EIA_Jorge_Oyarzun.pdf, último día consultado 05/09/13.

PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, “El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal”, En *Revista de Administración Pública*, Nº 67, CEPC, Madrid, 1972.

PARDO LÓPEZ, María Magnolia, “Tutela penal y administrativa del dominio público hidráulico: especial consideración de los aspectos problemáticos del principio *non bis in idem* en la Jurisprudencia Constitucional”, en *La tutela penal del agua*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “La accesoriedad administrativa de la tipicidad penal como técnica legislativa: efectos políticos y materiales”, en *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

PAREJO ALFONSO, Luciano, “La deriva de las relaciones entre los derechos administrativo y penal. Algunas reflexiones sobre la necesaria recuperación de su lógica sistemática”, en *Revista de Documentación Administrativa*, Nº 284-285, 2009.

PAYNE, Brian K., *White-collar crime*, Ed. SAGE, EE.UU., 2012.

PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix María, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial: Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2007.

PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix María, “Derecho penal material, Derecho procesal penal y prohibición de retroactividad”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 61, Fasc/Mes 1, 2008.

PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix María, “El tipo básico”, en *El delito de tráfico de drogas*, Dir. Fco. Javier Álvarez García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009.

PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix María, “El perfeccionamiento de la tipicidad del fraude de subvenciones”, en *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Dir. Fco. Javier Álvarez García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Ed. Atelier, Barcelona, 2012.

PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

PÉREZ MANZANO, Mercedes, “El Derecho fundamental a no padecer *bis in idem* y las sanciones en protección del medio ambiente”, en *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Ed. Comares, Granada, 2005.

PÉREZ MARÍN, Antonio/SÁNCHEZ NÚÑEZ, Pedro, *Derecho de las aguas continentales (A propósito de la Ley de Aguas para Andalucía con comentario a su articulado)*, Ed. Iustel, Madrid, 2011.

PÉREZ NIETO, Rafael/ BAEZA DÍAZ-PORTALES, Manuel José, *Principios del Derecho administrativo sancionador*, Vol. I, Ed. Consejo general del poder judicial, Madrid, 2008.

PÉREZ Y PÉREZ, Félix, “Incidencia del hombre en los equilibrios de la naturaleza”, en *Ecología y medio ambiente*, Ed. CESVC, 1979.

PERIS RIERA, Jaime Miquel, *Delitos contra el medio ambiente*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984.

PERIS RIERA, Jaime Miguel, “Tutela penal del agua”, en *Derecho de aguas*, Ed. Instituto Euromediterráneo del agua”, Murcia, 2006.

PERIS RIERA, Jaime Miguel, “La protección penal del agua en España, Alemania e Italia”, en *Revista La Ley*, Nº 7366, 2010.

PERIS RIERA, Jaime Miguel, “Tutela penal del agua”, en *La tutela penal del agua*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

PERO-SANZ GONZÁLEZ, Daniel, “6a edición del Foro Mundial del Agua”, en *Documento Informativo*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Nº15, 2012.

PETRELLA, Ricardo, *El manifiesto del agua*, Ed. Intermón Oxfam/Icaria, Barcelona, 2002.

PLAZA MARTÍN, Carmen, *Derecho ambiental de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

PLAZA MARTÍN, Carmen, “Comunidad Europea: La política de protección del medio ambiente en el Tratado”, en *Diccionario de Derecho ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006.

PLAZA MARTÍN, Carmen, “El dominio público hidráulico”, en *Derecho de los bienes públicos*, Ed. Tirant lo blanch, 2ª ed., Valencia, 2009.

PLAZA MARTÍN, Carmen, “El medio ambiente en la Unión Europea”, en *Tratado de Derecho ambiental*, Dirs. Luis Ortega Álvarez/Consuelo Alonso García, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013.

PIGOU, A. C., *La economía del bienestar*, Traducido por F. Sánchez Ramos, Ed. Aguilar, Madrid, 1946.

PINSENT, John, *Greek mythology*, Ed. Hamlyn, Feltham Middlesex, England, 1969.

PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2006. Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua*, Ed. Mundi-Prensa, Madrid, 2006.

PNUMA, *Perspectivas del medio ambiente mundial 2000*, Ed. Mundi-Prensa, Madrid, 2000.

PNUMA, *Perspectivas del medio ambiente mundial. 2002. GEO-3, Pasado presente y futuro*, Ed. Mundi-Prensa, Madrid, 2002.

PNUMA, *Perspectivas del medio ambiente mundial. GEO-4. Medio ambiente para el desarrollo*, Ed. PNUMA, Dinamarca, 2007.

PNUMA/AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (Brasil), *Cuidando das águas. Soluções para melhorar a qualidade dos recursos hídricos*, Brasília, 2011.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974.

PRATS CANUT, Josep Miquel/MARQUÈS I BANQUÉ, María, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Comentarios al Nuevo Código penal*, 3ª ed., Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.

PRATS CANUT, Josep Miquel/MARQUÈS I BANQUÉ, María/MORÁN MORA, Carolina, *Derecho penal ambiental y Derecho comunitario. La Directiva IP*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002.

PRITTWITZ, Cornelius, “Sociedad de riesgo y Derecho penal”, en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de Siglo*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

PUENTE ABA, Luz María, “Art. 325”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en Código penal y la legislación especial*, Dir. Patricia Faraldo Cabana, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *El principio non bis in idem*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “El dolo y el conocimiento de antijuridicidad”, en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Dir. José Jiménez Villarejo, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2010.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, y Otros, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “El derecho penal ambiental y la contaminación del agua: ríos nacionales y transnacionales”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Editores Esteban Pérez Alonso y Otros, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Derecho penal ambiental*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999.

RAMICCI, Luca, *Manuale di diritto penale dell'ambiente*, Ed. CEDAM, Verona, 2001.

RAMÓN RIBAS, Eduardo, “Art. 327”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en Código penal y la legislación especial*, Dir. Patricia Faraldo Cabana, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

RAMOS OLMOS, Raudel y Otros, *El Agua en el Medio Ambiente, Muestreo y Análisis*, Ed. UABC /Plaza y Valdés, Mexicali, Baja California, 2003.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, “Compatibilidad de la sanción penal con la sanción administrativa”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en Código penal y la legislación especial*, Dir. Patricia Faraldo Cabana, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

RANDO CASERMEIRO, Pablo, *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010.

RASCÓN, César, *Síntesis de historia e instituciones de Derecho romano*, 4ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2011.

RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, “Evaluación de impacto ambiental”, en *Diccionario de Derecho de ambiental*, Ed. Iustel, Madrid, 2006.

REBOLLO PUIG, Manuel y Otros, *Derecho administrativo sancionador*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009.

RÍOS MARTÍN, Julián y Otros, *Las penas y su aplicación. Contenido legal, doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Colex, 3ª ed., Madrid, 2007.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003.

RODAS MONSALVE, Julio César, *Protección penal y medio ambiente*, Ed. PPU, Barcelona, 1993.

RODRÍGUEZ DEVEESA, José María/SERRANO GOMEZ, Alfonso, *Derecho penal Español, parte general*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel, *La protección jurídico-penal del agua*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013.

RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Ed. UCM, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, Ed. Cívitas, Madrid, 1978.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Delito y pena en la Jurisprudencia Constitucional*, Ed. Cívitas, Madrid, 2002.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática”, en *Revista Otrosí*, Nº 6, 2011.

RODRÍGUEZ NEILA, Juan Francisco, *Ecología en la antigüedad clásica*, Ed. Arco Libros, Madrid, 1996.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho penal. La administración pública como garante*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “El medio ambiente en la Constitución española. Su conservación como principio político rector y como competencia de las comunidades autónomas”, en *Derecho y medio ambiente*, CEOTMA, Madrid, 1981.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España”, en *Derecho y medio ambiente*, CEOTMA, Madrid, 1981.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “Reserva de ley orgánica para las normas penales”, en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, Dir. Cobo Del Rosal, Manuel, Ed. EDERSA, Madrid, 1982.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis/OTROS, *Código penal. Comentado y con jurisprudencia*, 3ª ed., Ed. La Ley, Madrid, 2009.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ DE PRADA, Valentín, “La conferencia de Estocolmo sobre medio ambiente”, en *Revista de administración pública*, N°68, 1972.

RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge, “La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de sanciones medioambientales”, en *Incidencia medioambiental y Derecho sancionador*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

ROLDÁN BARBERO, Javier, “España y la protección internacional del medioambiente”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Editores Esteban Pérez Alonso y Otros, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

ROMA VALDÉS, Antonio, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Manual sobre su tratamiento penal y procesal*, Ed. Rasche, Madrid, 2012.

ROMERO CASABONA, Carlos María, “Límites de los delitos de comisión por omisión”, en *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Ed. UCM, Madrid, 1994.

ROSA MORENO, Juan, “La evaluación de impacto ambiental en España”, en *El Derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, T. I, Ed. Cívitas, Madrid, 2002.

ROSA MORENO, Juan, “Evaluación de impacto ambiental de las obras hidráulicas”, en *Diccionario de Derecho de aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

ROSA MORENO, Juan, “La evaluación de impacto ambiental de las obras hidráulicas”, en *Conflictos jurídicos en la gestión y uso del agua*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007

ROSEMBUJ, Tulio, *El impuesto ambiental*, Ed. El fisco, Barcelona, 2009.

ROSEMBUJ, Tulio, “El impuesto ambiental. Naturaleza jurídica”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Editores Esteban Pérez Alonso y Otros, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, Ed. Aguilar, Madrid, 1981.

RUIZ ROBLEDO, Agustín, *El Derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Ed. Thomson-Cívitas, 3ª Reimpresión, Madrid, 2006.

ROXIN, Claus, *La teoría del delito. En la discusión actual*, Ed. Grijley, Lima, 2007.

RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel, “la protección de la calidad de las aguas frente a los vertidos de aguas residuales urbanas a través de su saneamiento y depuración”, en *Nuevo Derecho de aguas*, Ed. Thomson-Cívitas, Navarra, 2007.

SABINE, George, *Historia de la teoría política*, Ed. Fondo de cultura económica, México, 1984.

SAINZ CANTERO, José A., *Lecciones de Derecho penal. Parte general. I. Introducción*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., *La “codelincuencia” en los delitos imprudentes en el Código penal de 1995*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001.

SALGADO LEDESMA, Eréndira, “Agua ¿cuál es el problema?”, en *Régimen jurídico del agua culturas y sistemas jurídico comparados*, Ed. UNAM, México D.F., 2007.

SALINAS ALCEGA, Sergio, “El derecho al agua como Derecho humano. Contenido normativo y obligaciones de los Estados”, en *El Derecho al agua*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis, “Documentos constitucionales y textos políticos”, Editora Nacional, Madrid, 1982.

SÁNCHEZ GALIANA, José A, “La fiscalidad del agua en la Ley 9/2010, de Aguas de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Algunas consideraciones”, en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Editores Esteban Pérez Alonso y Otros, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

SÁNCHEZ GASCÓN, Alonso, *Duplicidad de sanciones. “non bis in idem”*, Ed. Exlibris, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ, Leonardo J., “Cuestiones jurídicas básicas: El Ordenamiento jurídico y el Derecho administrativo. La administración, su actividad y su relación con los ciudadanos”, en *Derecho ambiental (adaptado al EEES)*, Dir. María Asunción Torres López/Estanislao Arana García, Ed. Tecnos, Madrid, 2012.

SÁNCHEZ MELGAR, Julián, “La jurisprudencia penal en materia medioambiental”, en *Incidencia medioambiental y Derecho sancionador*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, “Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte” en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, T. 48, Fascículo I, 1995.

SANTA CECILIA GARCÍA, Fernando, “Delitos contra los recursos naturales y medioambiente”, en *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2013.

SANTA CECILIA GARCÍA, Fernando, “Accesoriedad y bien jurídico en delitos medioambientales: una constante paradoja”, en *Religión, matrimonio y Derecho ante el Siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls*, Vol. II, Ed. Iustel, Madrid, 2013.

SANTANA VEGA, Dulce María, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, *Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y Jurisprudencial*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2007.

SANZ HERMIDA, ÁGATA M^a, “Sobre la delimitación de «los mismos hechos» en la aplicación transnacional de la prohibición del «bis in idem» regulada en el artículo 54 del CAAS”, en *La justicia y la carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Dir. De la Oliva Santos, Andrés, Ed. Colex, Madrid, 2008.

SARTORIO ALBALAT, Susana, “La tributación del agua”, en *El agua: estudios interdisciplinarios*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009.

SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Ed. Alianza, Madrid, 1982.

SCHNEIDER, Jan, *World public order of the environment. Towards an international ecological law and organization*, Ed. Stevens & Sons, Canadá, 1979.

SCHÜNNEMANN, Bernd, “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Nº 49, Fascículo I, 1996.

SÉNECA, Lucio Anneo, *Sobre la ira (De ira)*, Trad. Francisco Navarro y Calvo, Ed. Artemisa, Tenerife, 2007.

SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009.

SETUÁIN MENDÍA, Beatriz, “Saneamiento de aguas residuales urbanas”, en *Diccionario de Derecho de aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

SILVA DIAS, Augusto, “«¿Y si todos lo hiciéramos?» Consideraciones acerca de la «(in)capacidad de resonancia» del Derecho penal con la figura de la acumulación”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Nº 56, 2003.

SILVA FORNÉ, Diego, “Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al Derecho administrativo sancionador”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Coord. Díez Ripollés, José Luis, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Las normas de complemento de las leyes penales en blanco pueden emanar de las Comunidades Autónomas”, en *Revista del Poder Judicial*, 4ª época, Nº 52, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “¿Quién debe responder de los ilícitos medioambientales? Sujetos y criterios de imputación de responsabilidad por ilícitos medioambientales”, en *Incidencia medioambiental y Derecho sancionador*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Las consecuencias accesorias para las empresas en la práctica judicial”, en *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Ed. B de F, 2ª ed., Montevideo, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Ed. Edisofer, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente*, Ed. Atelier, Barcelona, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español”, en *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Dir. Jesús María Silva Sánchez, Ed. Atelier, Barcelona, 2013.

SOCIAL WATCH, “El agua necesita la protección del derecho internacional”, en *Rugidos y murmullos. Género y pobreza: más promesas que acciones*, Montevideo, informe anual 2005.

SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, Granada, 2003.

STAMPA BRAUN, José María, *Introducción a la ciencia del Derecho penal*, Ed. Miñon, Valladolid, 1953.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en *Comentarios al Código penal*, Dir. Rodríguez Mourullo, Gonzalo, Ed. Cívitas, Madrid, 1997.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, “La protección del medio ambiente en la Constitución española”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en Código penal y la legislación especial*, Dir. Patricia Faraldo Cabana, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, “El bien jurídico protegido”, en *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en Código penal y la legislación especial*, Dir. Patricia Faraldo Cabana, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

SUAY RINCÓN, José, *Sanciones administrativas*, Ed. Real colegio de España, Bolonia, 1989.

SUAY RINCÓN, José y Otros, *La Ley 4/1999 de procedimiento administrativo. Reforma de la Ley 30/1992*, Ed. Colex, Madrid, 2000.

SUTHERLAND, Edwin H., *El delito de cuello blanco*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2009.

SZCZARANSKI, Federico, “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”, en *Política criminal*, Vol. 7, Nº 14, 2012.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a, “El ilícito ecológico. Sanción penal-sanción administrativa”, en *El delito ecológico*, Dir. Juan Terradillos Basoco, Ed. Trotta, Madrid, 1992.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a, “Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código penal español. Luces y sombras”, en *Estudios penales y criminológicos*, XIX, 1996.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a, “Protección penal del medio ambiente. Jurisprudencia e intuición”, *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

TIEDEMANN, Klaus, *Poder económico y delito*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985.

TIRADO ROBLES, Carmen, “Derecho comunitario de aguas”, en *Diccionario de Derecho de aguas*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

TIRADO ROBLES, Carmen, “Consideraciones generales sobre la política medioambiental y de aguas en la Unión Europea”, en *Gestión del agua y descentralización política*, Ed. Aranzadi/Thomson-Reuters, Pamplona, 2009.

THE UNITED NATIONS WORLD WATER DEVELOPMENT REPORT, *Water for people. Water for life*, Ed. UNESCO/Berghahn Books, Barcelona, 2003.

TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Los delitos de peligro hipotético”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Nº 35, Fascículo III, 1981.

TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Injusto penal e injusto administrativo (Presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)”, en *Estudios sobre la Constitución. Homenaje al profesor Eduardo García De Enterría, Tomo III*, Editorial Cívitas, Madrid, 1991.

TORRES LÓPEZ, M^a Asunción, “El Derecho sancionador: ámbito penal y ámbito administrativo”, en *Derecho ambiental (adaptado al EEES)*, Dir. María Asunción Torres López/Estanislao Arana García, Ed. Tecnos, Madrid, 2012.

TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992.

TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel/AGUADO I CUDOLÀ, Vincenç, *Derecho administrativo sancionador: Materiales*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1995.

TUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado*, Ed. Alianza, Madrid, 1982.

UNESCO, *El agua. Una responsabilidad compartida. 2º informe de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos en el mundo*, Ed. UNESCO/WWAP, Zaragoza, 2008.

UNICEF, *Progress For Children, a report card on water and sanitation*, número 5, septiembre 2006.

UNICEF/OMS, *Alcanzar los ODM en materia de agua potable y saneamiento. Meta. Evaluación a mitad de periodo de los progresos realizados*, 2004.

UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY (EPA), *Plan to study the potential impacts of hydraulic fracturing on drinking water resources*, (EPA/600/R-11/122), 2011.

URRAZA ABAD, Jesús, “Relaciones Derecho penal-Derecho administrativo en materia de protección penal del medio ambiente: constitucionalidad y contenido material de las remisiones normativas, los conceptos normativos y los conceptos valorativos empleados en el Código penal de 1995”, en *Tomo de Jurisprudencia, La Ley*, Nº 4, 1999.

URRAZA ABAD, Jesús, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Ed. La Ley, Madrid, 2001.

UTRERA CARO, Sebastián Félix, “La evaluación de impacto ambiental y el plan hidrológico nacional como instrumentos para la protección del medio ambiente y del desarrollo sostenible”, en *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*, Ed. Cívitas, Madrid, 2002.

VALDIVIELSO, Joaquín, “La globalización del ecologismo. Del egocentrismo a la justicia ambiental”, en *Medio ambiente y comportamiento humano: Revista internacional de psicología ambiental*, Vol. 6, Nº 2, 2005.

VAN BOCKEL, Bas, *The ne bis in idem principle in EU law*, Ed. Wolters Kluwer, Geat Britain, 2010.

VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

VARELA AGRELO, José Antonio, “Imprudencia y medio ambiente: dificultades y soluciones en la regulación penal de un delito de peligro”, en *La imprudencia*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

VERCHER NOGUERA, Antonio, “La eficacia de la normativa penal ambiental en España”, en *Derecho de aguas*, Ed. Instituto Euromediterráneo del agua”, Murcia, 2006.

VERVAELE, John, “El principio *non bis in idem* en Europa”, en *La orden de detención y entrega Europea*, Dir. Arroyo Zapatero, Luis/Nieto Martín, Adán, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.

VINTIMILLA, Patricia. “Régimen Jurídico Del Agua”, en *Régimen jurídico del agua culturas y sistemas jurídico comparados*, Ed. UNAM, México, 2007.

VIVES ANTÓN, Tomás S., *La libertad como pretexto*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1995.

WEST, Chad A., “For body, soul, or wealth: The distinction, evolution, and policy implications of a water ethic”, en *Stanford Environmental Law Journal*, Vol. 26, Nº 1, Enero 2007.

ZAMORA MANZANO, José Luis, *Precedentes romanos sobre el Derecho ambiental. La contaminación de aguas, canalización de las aguas fecales y la tala ilícita forestal*, Ed. Edisofer, Madrid, 2003.

ZARZALEJOS NIETO, Jesús, “Apuntes sobre la ejecución de penas impuestas a las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. La Ley, Madrid, 2011.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)”, en *Revista La Ley penal*, Nº 76, Año VII, 2010.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador ¿Hacia una “administrativización” del Derecho penal o una “penalización” del Derecho administrativo sancionador?”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, Ed. Ediciones Universidad Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. Consideraciones de urgencia sobre la reforma al CP de 2010”, en *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011.